

**MANUAL DE  
DERECHO PENAL.  
PARTE GENERAL**

**(Conforme al Proyecto de Código Penal de la  
República de Nicaragua de 2003)**

**Enrique Orts Berenguer**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia (España)

**José L. González Cussac**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Jaime I de Castellón (España)

**PROYECTO DE REFORMA Y MODERNIZACIÓN NORMATIVA  
CAJ/FIU-USAID  
2004**

## SUMARIO:

**Abreviaturas más utilizadas**

**Bibliografía básica europea en lengua española**

**Introducción**

### **TEMA I. DEFINICION DEL DERECHO PENAL**

1. Definición del Derecho penal.
2. El “ius puniendi”.
3. El Derecho penal y otros sectores del ordenamiento jurídico.
4. La norma penal.
5. Recapitulación.

### **TEMA II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL**

- I. Principios fundamentales del Derecho penal.
2. Recapitulación.

### **TEMA III. FUENTES DEL DERECHO PENAL**

1. Fuentes del Derecho.
2. Fuentes extralegales del Derecho penal.
3. Recapitulación.

### **TEMA IV. LOS LÍMITES DE LA LEY PENAL**

1. Límites temporales.
2. Límites espaciales.
3. El Derecho penal internacional.
4. Límites personales.
5. Recapitulación.

### **TEMA V. LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL**

1. La interpretación de la ley penal.
2. Concurso aparente de leyes penales.
3. Recapitulación.

### **TEMA VI: EL CONCEPTO DE DELITO**

1. Definición de delito.
2. Clasificación de los delitos.

3. Elementos del delito: estructura y contenido.
4. Recapitulación.

## **TEMA VII: EL HECHO TÍPICO**

1. El comportamiento humano: concepto y características.
2. Modalidades de conducta: acción y omisión.
3. la imputación objetiva del resultado: el nexo causal.
4. Los elementos *subjetivos del tipo*.
5. *Recapitulación*.

## **TEMA VIII: LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL HECHO TÍPICO (ITER CRIMINIS)**

1. Introducción: fase interna y fase externa.
2. Los actos preparatorios punibles.
3. Tentativa.
4. Desistimiento y arrepentimiento.
5. Consumación.
6. Recapitulación.

## **TEMA IX: LOS SUJETOS DEL HECHO TÍPICO**

1. El sujeto activo.
2. Autoría y participación.
3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.
4. El sujeto pasivo.
5. Recapitulación

## **TEMA X: ANTIJURIDICIDAD Y AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD (LA JUSTIFICACIÓN)**

1. Antijuridicidad material y antijuridicidad formal.
2. Bien jurídico y contenido de injusto.
3. La ausencia de antijuridicidad: la justificación.
4. Legítima defensa.
5. Estado de necesidad justificante.
6. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y cumplimiento de un deber.
7. Recapitulación

## **TEMA XI: LA CULPABILIDAD.**

1. Concepto y contenido: el principio de culpabilidad.

2. La imputabilidad.
3. El dolo.
4. La imprudencia.
5. La exigibilidad.
6. Recapitulación

## **TEMA XII: AUSENCIA DE CULPABILIDAD: CAUSAS DE INCULPABILIDAD.**

1. Introducción.
2. Causas de inimputabilidad: anomalías o alteraciones psíquicas; estado de intoxicación plena; alteraciones en la percepción; minoría de edad.
3. Ausencia de formas de culpabilidad: error y caso fortuito.
4. Causas de inexigibilidad: estado de necesidad excusante; fuerza irresistible; miedo insuperable; exigibilidad genérica y obediencia debida.
5. Recapitulación.

## **TEMA XIII: LA PUNIBILIDAD.**

1. Concepto de punibilidad.
2. Excussa absolutorias.
3. Condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de perseguibilidad.
4. Delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles a instancia de parte.
5. Recapitulación

## **TEMA XIV. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO**

1. Concepto de pena.
2. Función y fines de la pena.
3. Justificación de la pena.
4. Clases de penas.
5. Otras consecuencias del delito.
6. Recapitulación

## **TEMA XV. LA APLICACIÓN DE LA PENA**

1. Reglas generales de aplicación de la pena:
  - 1.1. Concreción legal de la pena.
  - 1.2. La individualización judicial.
  - 1.3. Cálculo de la pena superior e inferior en grado y de la mitad superior e inferior dentro de un mismo marco.
2. Reglas especiales de aplicación de la pena: concurso de delitos.
  - 2.1. Introducción. La unidad de acción/hecho como criterio de delimitación del concurso de delitos. Supuestos excluidos.
  - 2.2. La unidad de acción/hecho como criterio de distinción de los supuestos de concurso real e ideal.

- 2.3. Concurso real.
- 2.4. Concurso ideal.
- 2.5. Concurso medial.
3. Recapitulación

## **TEMA XVI. CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA PENA**

1. Ejecución de la pena.
2. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.
3. Extinción de la pena: supuestos.
4. Cancelación de antecedentes delictivos.
5. Recapitulación.

## **TEMA XVII. MODIFICACION DE LA PENA**

1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
2. Las circunstancias atenuantes.
3. Las circunstancias agravantes.
4. La circunstancia mixta.
5. Recapitulación.

## **TEMA XVIII. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**

1. Concepto.
2. Sujetos destinatarios.
3. Principios generales.
4. Clases.
5. Reglas de aplicación.
6. Recapitulación.

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS.**

- AN: Asamblea Nacional
- Art./Arts. o Art./Arts.: artículo o artículos
- Cap: Capítulo
- CC: Código civil
- CPRN: Constitución Política de la República de Nicaragua
- CPP: Código Procesal Penal
- CS: Corte Suprema
- PCP: Proyecto de Código Penal nicaragüense de 2003
- SAP/SSAP: sentencia o sentencias de Audiencia Provincial de...(España)
- STC/SSTC: sentencia o sentencias del Tribunal Constitucional (España)
- STS/SSTS: sentencia o sentencias del Tribunal Supremo (España)
- STSJ/SSTSJ: sentencia o sentencias del Tribunal Superior de Justicia de...(España)
- TC: Tribunal Constitucional (España)
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Tit: Título
- TS: Tribunal Supremo (España)

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA EUROPEA EN LENGUA ESPAÑOLA

### *Parte General*

**Berdugo de la Torre/Arroyo Zapatero/García Rivas/Ferré Olivé/Serrano Piedecosas:** *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Praxis, 1999.*

**Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée:** *Lecciones de Derecho penal* (vols. I y II). Trotta, 1997, 1999.

**Carbonell Mateu:** *Derecho Penal: concepto y principios fundamentales. Tirant Lo Blanch, 1999.*

**Cerezo Mir:** *Curso de Derecho Penal español. Parte General. I* (1996), *II* (1999) y *III* (2001). Tecnos.

**Cobo del Rosal/Vives Antón:** *Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, 1999.*

**Jakobs:** *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo). Marcial Pons, 1997.

**Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón:** *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal nicaragüense. Tirant lo Blanch, 1996.*

**Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón:** *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Tirant lo Blanch, 1998.*

**Landrove Díaz:** *Introducción al Derecho penal. Tecnos, 1989.*

**Landrove Díaz:** *Las consecuencias jurídicas del delito- Tecnos, 1996.*

**Luzón Peña:** *Curso de Derecho penal. Parte General. T. I. Universitas, 1996.*

**Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco:** *Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas, 1996.*

**Martínez-Buján Pérez:** *Derecho Penal Económico. Parte General, Tirant lo Blanch, 1998.*

**Morillas Cuevas/Cobo del Rosal (dir.):** *Manual de Derecho Penal español. Parte General. 1996. Edersa*

**Mir Puig:** *Derecho penal. Parte General. Bosch, 2002*

**Muñoz Conde/García Arán:** *Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, 2002.*

**Polaino Navarrete:** *Derecho Penal. Parte General. T. I y II. Bosch, 2001 y 2000.*

**Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut:** *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, 2001.

**Quintero Olivares** (dir.) y **otros:** *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, 1996.

**Rodríguez Mourullo** (dir.) y **otros:** *Comentarios al Código Penal*. Civitas, 1997.

**Roxin:** *Derecho Penal. Parte General* (trad. Luzón Peña/Diego y García Conlledo/De Vicente Remesal). Civitas, 1997.

**Suárez-Mira Rodríguez/Judel Prieto/Piñol Rodríguez:** *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, Civitas, 2002.

**Vives Antón** (coord.) y **otros:** *Comentarios al Código penal*. Tirant lo Blanch, 1996.

**Vives Antón:** *Fundamentos del sistema penal*. Tirant lo Blanch, 1996.



## INTRODUCCIÓN

Los autores de este libro han querido escribir un curso de Parte General de Derecho penal, a partir del PCP DE 2003, con el propósito de explicarla al lector interesado de forma concisa, clara, sencilla y solvente a la vez. Se han embarcado, pues, en una empresa ambiciosa y, por ende, difícil, atrevida y no exenta de riesgo, particularmente el de caer en la superficialidad, porque el estudio de la Parte General ha alcanzado un grado de complejidad poco compatible con la claridad y sencillez pretendidas. Sin embargo, no han desistido de su empeño, convencidos de que, con algo de esfuerzo, es posible ofrecer una exposición razonablemente comprensible de tan ardua materia.

Empezaremos por definir el Derecho penal (y a demarcarlo frente a otras parcelas del Derecho), para a continuación señalar y analizar los aspectos del mismo que pertenecen a la Parte General, y el orden en que los estudiaremos y las razones para ello.

Hemos optado por seguir un esquema neoclásico, en especial al desarrollar la *teoría jurídica del delito*, desde la convicción que al ser el más conocido y extendido, resultará más sencillo, en los primeros instantes de afrontar esta gran reforma penal, de comprender y estudiar a los estudiantes, auténticos destinatarios de este modesto trabajo. Por ello, dentro de cada uno de los XVIII temas en que se divide la obra, siempre hemos introducido un apartado final, denominado *Recapitulación*, donde se contienen preguntas básicas sobre lo expuesto, con la finalidad de que el propio estudiante pueda comprobar por sí mismo, el grado de comprensión de la materia estudiada.

No obstante, antes que nada conviene recordar que la expresión Derecho penal se utiliza con frecuencia en tres sentidos distintos:

- a) para designar al Derecho penal sustantivo objetivo; esto es: para designar al conjunto de normas jurídicas al que en seguida aludiremos, al definir el Derecho penal;
- b) para designar a la potestad de castigar derivada de las anteriores normas, que corresponde de manera casi exclusiva al Estado; potestad a la que nos referiremos desde ahora como “*ius puniendi*”;

c) para denominar a la rama del saber que se ocupa del estudio del Derecho penal sustantivo que, para los más, es una Ciencia, y para los menos, entre los que nos encontramos, un conjunto de doctrinas fruto de la especulación de los juristas.

Por otra parte, ha de recordarse la distinción entre Derecho penal sustantivo y Derecho penal procesal o adjetivo: el primero nos dice qué hechos son delito -matar a otro, robar, violar, injuriar, etc.,- y con qué penas están castigados -prisión, multa,...-; y el segundo, cómo ha de procederse desde el momento en que se tiene noticia de la comisión de un delito, cómo han de hacerse la instrucción, los actos de investigación, el juicio, etc.

Nosotros utilizaremos la expresión “Derecho penal” únicamente para referirnos al Derecho penal objetivo sustantivo.

Pues bien, con el sólo objetivo de ofrecer un primer material didáctico de aproximación al Proyecto de código penal de 2003, hemos afrontado el trabajo que a continuación se expone.

# TEMA I. DEFINICION DEL DERECHO PENAL

*Sumario: 1. Definición del Derecho penal. 2. El “ius puniendi”. 3. El Derecho penal y otros sectores del ordenamiento jurídico. 4. La norma penal. 5. Recapitulación.*

## 1. DEFINICION DE DERECHO PENAL

El Derecho penal objetivo sustantivo es

*la parte del ordenamiento jurídico, formada por las normas jurídicas reguladoras del poder punitivo del Estado (“ius puniendi”) en las que, mayormente, a fin de tutelar bienes jurídicos, se definen delitos para los cuales se establecen penas y medidas de seguridad.*

Una vez formulada esta definición, esquematizamos los puntos en que vamos a ir desarrollando sus diferentes elementos:

- a) en primer lugar nos referiremos al poder punitivo del Estado (“ius puniendi”);
- b) en segundo, y dado que hemos dicho que es una parte del ordenamiento jurídico, aludimos a las relaciones del Derecho penal con otras ramas de aquél;
- c) en tercero, centraremos nuestra atención en la norma penal.

## 2. EL “IUS PUNIENDI”

El “ius puniendi” (también llamado Derecho penal subjetivo) suele estar proclamado, bajo una u otra forma, en las Constituciones, y más específicamente en el Derecho penal (objetivo) plasmado en Códigos o no, en cuyas normas se prevén sanciones, penas y medidas de seguridad, para quienes incurren en los diferentes comportamientos descritos en las mismas. Es, por tanto,

*la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen.*

Y esa potestad de imponer las referidas sanciones corresponde a unos órganos del Estado, a los tribunales de justicia, que son los titulares de ese poder punitivo. Es, por

consiguiente, un poder instaurado y regulado por el Derecho y, como tal, sometido a los principios constitucionales que estudiaremos en el capítulo siguiente.

*Podríamos, pues, matizar que el “ius puniendi” lo ostenta el Estado por partida doble, o mejor triple: primero, porque a él corresponde, en sede legislativa, establecer los comportamientos prohibidos y asignarles la pena o la medida correspondiente; segundo, porque otro de sus poderes, el judicial, es el encargado de la traslación de las consecuencias dispuestas en las normas a quienes las infringen; y tercero, porque el poder ejecutivo es el encargado de hacer efectivo el cumplimiento de las penas impuestas, de las privativas de libertad en especial.*

### **3. EL DERECHO PENAL Y OTROS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Hemos dicho que el Derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico, es una rama más del conjunto formado por la totalidad de las normas jurídicas que rigen en un país. Por esta razón, porque todas las normas jurídicas forman parte de un todo común - el ordenamiento jurídico de un país-, debe reinar una buena armonía entre la totalidad de aquellas partes y sus respectivas normas, plasmada en la evidencia que cabe enunciar así:

***un mismo hecho no puede ser a un tiempo conforme y contrario a derecho.***

O mejor, sobre un mismo sustrato no puede edificarse una valoración jurídica positiva y otra negativa. De modo, pues, que lo aprobado en normas de Derecho civil, v.gr., no puede ser desaprobado en normas penales; un hecho considerado ajustado a Derecho en un sector del ordenamiento no puede ser considerado opuesto a Derecho, antijurídico, en otro. En ese contexto, en el del conjunto del ordenamiento jurídico, han de formularse estas dos afirmaciones:

***la contradicción del Derecho ha de valorarse de forma global, la primera; y  
el Derecho penal desempeña el papel de última ratio, de último recurso, la segunda.***

Esto es: lo que es contrario a Derecho según un rama del ordenamiento jurídico es contrario a éste en su conjunto, aunque sólo genere consecuencias directas e inmediatas en aquella rama, de acuerdo con la primera; y al Derecho penal le corresponde intervenir en última instancia, cuando las medidas previstas en el resto de los Derechos

resultan insuficientes, sólo por hechos que desbordan los límites tolerables y admisibles para una convivencia mínimamente ordenada, y que si no fueran reprimidos harían esta convivencia imposible, conforme a la segunda (sobre este carácter del Derecho penal volveremos al hablar del principio de prohibición de exceso, en el tema 2).

*Es contrario a Derecho no pagar las deudas a su vencimiento, pero ese impago solamente deja sentir sus efectos en el orden civil; como es contrario a Derecho ocasionar a otro intencionadamente unas lesiones, lo que tiene trascendencia directa sólo para el Derecho penal; aunque a menudo de un hecho sólo relevante para el Derecho penal deriva una responsabilidad civil. Por otra parte, cuando una persona incumple un contrato, se acude a las normas del Derecho civil, porque son las específicamente previstas para tales hechos y son suficientes para poner las cosas en su sitio; cuando un conductor deja su vehículo en un lugar en el que no está autorizado el estacionamiento, las normas del Derecho administrativo bastan para disuadirle y sancionarle por ello; cuando un empresario despide de forma improcedente a un trabajador, se echa mano de las disposiciones laborales prevenidas al efecto; cuando alguien construye donde no está permitido, se adoptan las medidas dispuestas en las normativa urbanística; etc. Pero, cuando una persona mata a otra, o la viola o secuestra, o le roba con violencia, o un funcionario malversa caudales públicos, no queda sino la reprobación penal y la consiguiente responsabilidad civil reparadora, pues las disposiciones civiles o administrativas ya no pueden encauzar semejantes desmanes de forma menos contundente.*

Como es lógico, si el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho procesal, el Derecho penal, etc., conforman el ordenamiento jurídico y son ramas de un mismo tronco, necesariamente han de entablarse relaciones entre ellas, algunas de las cuales vamos a comentar someramente ahora.

### **3.1. Derechos constitucional y penal**

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico exige la acomodación de éste a sus dictados, y, por tanto, también la del Derecho penal. Resumidamente, podemos decir que en la Constitución se contienen proclamaciones decisivas a las que han de amoldarse las normas penales, preceptos de específica significación penal y principios limitadores del “ius puniendi”. En este sentido, se ha dicho con total acierto que una conducta infringe una norma cuando contradice no sólo el tenor literal de ésta sino también su sentido profundo, el concepto de Derecho que se materializa en ella; y que ese concepto de Derecho encuentra en la Constitución una expresión “concentrada” (Vives Antón).

Por otra parte, en las Constituciones se contienen proclamaciones programáticas, principios que informan y condicionan a la integridad del ordenamiento jurídico, por lo

que todas sus normas han de ser interpretadas conforme al texto fundamental que las preside.

Por consiguiente, la relación entre Constitución y Derecho penal no puede ser más estrecha, ni mayor la sujeción del segundo a la primera.

### **3.2. Derechos procesal y penal**

El Derecho penal y el procesal forman un todo, hasta el punto de que el uno sin el otro carecen de sentido. Un Derecho penal sustantivo desprovisto de cauces procesales es impensable, porque resultaría absolutamente ineficaz e impracticable; un Derecho procesal desvinculado del penal sería tan absurdo como huero, un puro ejercicio de inanidad, porque no serviría para cosa alguna.

*El Derecho penal, pues, -los delitos y faltas tipificados-, se aplica merced al Derecho procesal, en el cual se regulan las cuestiones de competencia de jueces y tribunales que han de juzgarlos, la denuncia, la querrela, la comprobación del delito y la averiguación del delincuente, las declaraciones de procesados y testigos, la detención, la prisión provisional, el juicio oral, los recursos, los procedimientos especiales, etc., etc.*

Además, hay delitos específicos en el PCP contra las garantías constitucionales de inequívoco corte procesal, en el art. 407, por ejemplo, y relacionados con la actividad procesal, en los arts. 449 y ss.

### **3.3. Derechos administrativo y penal**

Como es sabido, la Administración Pública está dotada de capacidad sancionadora, mediante la cual reprime hechos que atentan contra los intereses de la colectividad. Y, como es obvio, esa potestad sancionadora se ejercita a partir de la existencia de infracciones de la normativa administrativa, de ilícitos administrativos.

Pues bien, desde hace mucho, se ha debatido sobre si entre el ilícito penal y el administrativo es posible establecer diferencias cualitativas o sólo cuantitativas, predominando, con razón, el segundo parecer: entre ilícito penal e ilícito administrativo y entre sanción penal y sanción administrativa únicamente existen diferencias cuantitativas: en el ordenamiento jurídico se acuñan como más graves el ilícito y la

sanción penales (como lo acredita el hecho de que en el art. 1.5 PCP se diga que “Por ningún motivo la Administración Pública podrá imponer medidas o sanciones que impliquen privación de libertad”). A fin de cuentas, ambos ilícitos descansan sobre hechos que han de lesionar bienes jurídicos de relevancia pública, y aunque no siempre se exija, en la culpabilidad de su autor; y, por lo que hace a las sanciones, las administrativas y las penales comportan materialmente la misma consecuencia: la privación de un derecho (hasta el punto de que el art. 50 PCP ha tenido que decir que “No se reputarán penas:...2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernamentales o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”; para dejar establecido que formalmente no lo son”).

*Si no se reputan penas las sanciones administrativas, si se las excluye expresamente del catálogo de penas del PCP es porque, en el fondo, materialmente lo son, y se las quiere dejar al margen de aquéllas. Innecesario es decir que para el ciudadano castigado, tratándose de sanciones de naturaleza económica de igual cuantía, tan gravosa es la multa que le impone un juez por la comisión de un delito como la que le impone la Administración por una infracción administrativa.*

### **3.4. Derechos penitenciario y penal**

Para evidenciar la relación entre los Derechos penal y penitenciario basta señalar que las penas más graves contempladas en el PCP son las privativas de libertad, y que su cumplimiento está regulado en la legislación penitenciaria, a la que se hace referencia explícita en el art. 63 PCP.

## **4. LA NORMA PENAL**

En la definición propuesta se dice que el Derecho penal está integrado por normas jurídicas (no por normas morales, religiosas o de otra índole). Y las normas jurídicas tratan, directa o indirectamente, de comportamientos externos, no de los pensamientos o deseos no aflorados al exterior, porque el Derecho en general “*es un orden de coexistencia humana y no un sistema de salvación personal o un camino de perfección*” (Cobo del Rosal/Vives Antón); esto es, el Derecho tiene por finalidad lograr la convivencia pacífica y ordenada de los miembros de la comunidad en que rige; convivencia que sólo se ve afectada por conductas exteriorizadas -activas u omisivas,

con resultas en la esfera de los derechos ajenos-, no por actitudes internas, y, naturalmente, no por todas las conductas exteriorizadas.

Por tanto, las normas penales se ocupan de ciertos comportamientos, en concreto de los que se estima atentan de manera más grave a la tranquila convivencia de los ciudadanos, por atacar a los bienes socialmente tenidos por más valiosos (como los de matar, robar o violar, v.gr., que lesionan la vida, el patrimonio y la libertad sexual, respectivamente); es decir, de aquellos comportamientos a los que el legislador, haciéndose eco del sentir general, asigna un significado delictivo, sin el cual serían penalmente irrelevantes.

*Los delitos carecen de existencia fuera del ámbito normativo. Los delitos no existen en la misma forma en que existen los árboles, las montañas o las gaviotas. Con la denominación “delito” los hombres han calificado una serie de conductas muy dispares entre sí (aunque no las mismas en todas las comunidades ni en todas las épocas); de tal manera que sin esa calificación los hechos que tenemos por delitos, como los de privar a otro de su vida o de su cartera, no pasarían de ser acciones humanas sin significación jurídica, como no la tienen teñirse el pelo de verde o usar pantalones cortos. Por otra parte, la acción conceptuada como delictiva hoy puede no ser considerada así en el futuro, mientras que algunas que hoy son ignoradas por el Derecho penal pueden adquirir la condición de delito en el futuro. En consecuencia, los hombres, a través de sus órganos representativos -de sus Parlamentos, Asambleas, Congresos, Senados, Cortes-, pueden generar nuevos delitos y eliminar otros.*

*Para instituir un delito en una determinada sociedad basta, en principio, con que el órgano competente para ello -el poder legislativo, se llame como se llame el cuerpo que lo ejerza, en los sistemas democráticos-, de acuerdo con el procedimiento establecido y así lo decida. Entonces dicho órgano no estará si no atribuyendo un sentido a la conducta criminalizada: esa conducta que hasta ese momento carecía de relevancia penal pasa, desde ese instante, a tener la consideración de delito, a tener un significado en el mundo jurídico. El legislador la ha dotado de un sentido que no poseía. Consiguientemente, el delito no goza de existencia, de realidad propia, no es un producto natural, sino artificial y cambiante, fruto de la creación del hombre.*

Para comprender qué es una norma penal debemos analizar la esencia, la función y la estructura de la misma.

#### **4.1. Función de la norma penal**

La concreción de qué es una norma penal y cuál sea su función es cuestión polémica y la forma en que se conteste tiene importantes consecuencias, como se verá más adelante.

Si tomamos una norma emblemática, como la del art. 138, en esencia idéntica a muchas otras en cuanto a su estructura, y la examinamos con atención, advertimos que en ella se encierran unos juicios de valor -aunque no estén formulados expresamente-;



pues, de una parte, se juzga que la vida humana es un valor importante merecedor de la tutela penal, por eso se castiga a quien la destruye; y de otra, se considera inaceptable, se considera malo el hecho de matar a un semejante, pues de no ser así no se castigaría a quien lo hiciera. En otras palabras, si se castiga a quien mata a otra persona es porque se reputa nocivo e inadmisibles, en general, el hecho de matar en tanto ataca un valor fundamental, un bien jurídico de la mayor relevancia para todos los ciudadanos, en cuanto individuos y en cuanto miembros del conjunto social.

*Y de igual modo, en los libros II y III del CP encontramos innumerables normas que responden a este esquema, normas en las que se conmina con una pena a la persona que verifica un determinado hecho: amenazar, calumniar, hurtar, robar, falsifica moneda, defrauda a la seguridad social, etc., etc.*

Por otro lado, encontramos normas en las que se juzga conforme a derecho un comportamiento (como en las de los números 4, 5 y 7 del art. 34, en los que también se encierran unos juicios de valor, pero positivos: se considera adecuada a Derecho la acción de defensa frente a una agresión ilegítima; o la causación de un mal no mayor que el que se quiere evitar cuando se actúa en estado de necesidad; u obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo); con lo cual se está juzgando lícito herir o matar a otro en legítima defensa, tomar un vehículo ajeno contra la voluntad de su dueño para trasladar a un enfermo grave a un centro hospitalario, si no hay otro medio de transporte, etc.

De todo ello, se deduce con claridad que la norma penal despliega una función valorativa: estima dignos de la protección penal unos bienes y valora positiva o negativamente unos hechos. Cuando los valora positivamente está diciendo que realizarlos es ajustado a Derecho y cuando los valora negativamente, que son contrarios a Derecho (antijurídicos). De esta forma, las normas penales realizan una función de protección de bienes jurídicos y de especificación de los comportamientos punibles, que favorece la seguridad jurídica.

Dicho esto, que nos parece por completo evidente, observamos que de aquella valoración se deriva una determinación obvia (mandato o prohibición o autorización) dirigida a todos los ciudadanos, según la cual no deben incurrir en los hechos desvalorados (y que si incurren en ellos pueden ser castigados con las penas fijadas para

los mismos) y que están autorizados a realizar los ajustados a Derecho. Esta es la función de determinación que, en segundo término, cumple la norma penal.

*Por descontado, esta concepción en la que se confiere especial importancia a la vertiente valorativa, entronca con la idea de que las normas son (deben ser) determinaciones de la razón, en tanto han de haber sido meditadas, elaboradas y aprobadas con las miras puestas en los intereses generales y con respeto a los valores comúnmente aceptados, por lo general, plasmados en la Constitución. Y en concreto, por lo que hace a las penales, han de estar enfocadas a la protección de bienes jurídicos.*

*De esta manera, se subraya la naturaleza eminentemente objetiva de la antijuridicidad, al concebirla en buena medida como la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico (el protegido en la norma infringida en cada caso). En efecto, cuando en una norma se castiga al que mata; en otra, al que roba; en otra, al que calumnia..., se está protegiendo unos bienes jurídicos: la vida, la propiedad, el honor,...; pues al conminar con una pena al que realiza aquellas conductas se está advirtiendo a todos los ciudadanos de que deben abstenerse de llevarlas a cabo, con lo que se está favoreciendo que no se realicen y evitando los consiguientes ataques a los bienes jurídicos que se quiere resguardar. Y, sin duda, la primera y mejor forma de tutelar un bien es la de procurar que nadie lo lesione.*

*Por otra parte, cuando alguien, voluntariamente o por imprudencia, mata o intenta matar, roba o intenta robar, etc., lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos vida, patrimonio, etc., protegidos en las respectivas normas; y justamente esa lesión o esa puesta en peligro es la que convierte en antijurídica la conducta realizada por el sujeto, y no la simple voluntad de matar o de robar no seguidas de la ejecución de una acción mínimamente idónea para producir la muerte o el apoderamiento del patrimonio ajeno, y, en consecuencia, aquella lesión o aquella puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados.*

*Ni que decir tiene, esta concepción de la norma penal en la que se entrecruzan la faceta valorativa y la de determinación, facilita el deslinde entre el ilícito y la culpabilidad penales y el reproche moral, que puede fundamentarse en las meras intenciones seguidas o no de un intento completamente inadecuado para menoscabar un bien jurídico (extremo sobre el que volveremos al hablar de la tentativa).*

## **4.2. Estructura de la norma penal**

La norma penal consta de un presupuesto (al que unos llaman precepto; otros, norma primaria) y una consecuencia (también llamada sanción o norma secundaria); y está estructurada de tal forma que cuando tiene lugar el primero *debe* seguirse la segunda. Así, cuando alguien comete un robo con violencia *debe* ser castigado, en principio, con pena de prisión de tres a cinco años. Cometer el robo con violencia es el presupuesto de la norma del art. 223; la imposición de la pena de prisión, la consecuencia.

*Se insiste en la idea de que la consecuencia debe seguir al presupuesto, por cuanto en las normas se dice lo que debe hacerse, pero no se asegura que se vaya a hacer siempre: se dice que quien mata a otro debe ser castigado con pena de prisión de diez a quince años, no que todo el que mate a otro vaya a ser castigado, pues no lo será si no se le localiza ni se aportan pruebas que lo incriminen (ni tampoco si mata en legítima defensa,...).*

Todas las normas penales presentan la referida estructura y en este sentido, se dice, son completas; sin embargo, algunas *parecen* no tenerla: son las llamadas *normas penales incompletas*.

#### A) Normas penales incompletas

Se denominan normas penales incompletas a

*aquellas en las que no se recoge expresamente el presupuesto (norma primaria) o la consecuencia (norma secundaria).*

En realidad, todas las normas penales poseen el presupuesto y la consecuencia, de forma más o menos evidente, porque hasta en las normas en las que hay sólo un concepto puede decirse que éste es su presupuesto, pues siempre que ha de ser utilizado le subsigue una consecuencia. Y otro tanto cabe decir de las normas del libro I del PCP, en las que, de una forma o de otra, hay un presupuesto y una consecuencia, aunque, por su natural subalterno, su virtualidad únicamente se hace efectiva en conexión con los preceptos de los libros II y III: así, en el art. 38 se contiene el concepto de funcionario público, decisivo para saber si alguien ha podido cometer un delito contra la Administración Pública, por ejemplo, formando parte del presupuesto de las normas previstas en los arts. 408 y ss; las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (arts. 35, 36 y 37) cuentan con un presupuesto (el estado de arrebato, la reincidencia, etc.), y unas consecuencias marcadas en el art. 78, que sólo operan cuando se ha cometido un delito con el que resultan compatibles y en el que son apreciadas, etc.

*Mas, una vez dicho todo esto, es preciso hacer una matización: las normas penales son completas en el sentido de que constan de presupuesto y consecuencia, pero ello no supone afirmar que las normas penales sean “autosuficientes”, es decir, que no precisen del auxilio de otras normas para su aplicación, porque toda norma necesita de otras para ser aplicada. Por ejemplo, en el repetido art. 138 tenemos una norma completa: “quien prive de la vida a otro” (presupuesto) “será sancionado con pena de diez a quince años de prisión” (consecuencia). Empero, para aplicar esa norma es imprescindible ayudarse de otras, como la contenida en el art. 28, para saber cuándo el delito está consumado o cuándo en grado de tentativa o de frustración, en el 41 y ss para saber quiénes son penalmente responsables, etc.; así como de las pertinentes de la Lecrim.*

#### B) Leyes penales en blanco

Puesto que estamos hablando de normas penales incompletas y las normas penales solamente pueden aparecer contenidas en una ley -porque la ley es la única fuente del Derecho penal, de acuerdo con el principio de legalidad-, es obligado referirnos a una de sus modalidades, la de las llamadas leyes penales en blanco que, alojan precisamente normas penales incompletas, y, en sentido amplio,

*son aquellas que contienen la consecuencia pero no todo el presupuesto, que ha de completarse por medio de otras normas;*

y, en sentido estricto,

*aquellas, cuyo presupuesto se encuentra en una o varias normas contenidas en una o más disposiciones de rango inferior a la ley.*

*Buenos ejemplos de leyes penales en blanco los encontramos en los arts. 360, 362, 363, 367, 372, etc. En todas las normas de los arts. citados están perfectamente delimitadas sus consecuencias (sus respectivas penas), pero no los presupuestos, dado que en el art. 360 se requiere, para la existencia de delito, la construcción de una edificación no autorizada en determinados espacios que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, etc.; en el 362 la conducta contaminante ha de llevarse a cabo contraviniendo las leyes u otras disposiciones protectoras del medio ambiente,...; en el 363 se exige que el sujeto activo permita la contaminación del aire "infringiendo la normativa correspondiente"; en el 367 se castiga al que trafica ilegalmente con "especies protegidas"; en el 372 a quien contraviniendo las disposiciones normativas...destruya la vegetación...; con lo que, para conocer con exactitud cuál es el presupuesto de las referidas normas, resulta imprescindible acudir a otras muy variadas y de distinta procedencia, y a través de ellas averiguar cuándo un espacio tiene reconocido valor paisajístico, cuándo se contravienen las disposiciones protectoras del medio ambiente, qué especies están protegidas, etc.; pues sólo así estaremos en condiciones de saber si alguien ha delinquido o no.*

La utilización de leyes penales en blanco es una técnica que a veces puede estar justificada, porque evita la redacción de arts. inacabables, condenados, además con frecuencia, a corta vida.

*Muy extensos, porque si se les quiere dotar del presupuesto íntegro, éste, en determinados campos, habría de resultar por fuerza muy prolijo, pues habrían de pormenorizarse las disposiciones en materia de seguridad laboral, de vertidos, de..., aludidas en el precepto de que se trate; y de corta vida, porque quedarían obsoletos cada poco, cuando el hecho descrito versara sobre materias en las que los avances tecnológicos son de tal magnitud y se suceden a un ritmo tan vivo, que generan con frecuencia posibilidades de nuevos riesgos, lo que suele llevar aparejado a menudo que se dictan nuevas disposiciones para atender las nuevas necesidades o para dar respuesta a los nuevos problemas, -que al no estar contempladas en el precepto de referencia, debido a las derivaciones del principio de legalidad, no podrían ser tomadas en consideración para la aplicación de aquél, que devendría obsoleto o insuficiente y, por ende, necesitado de reformas continuadas.*

Pero, pese a que en ocasiones puede ser conveniente la promulgación de leyes penales en blanco, no dejan de entrañar un serio peligro para el principio de legalidad, porque a la postre la concreción del presupuesto -las más de las veces, la concreción del hecho punible- no se efectúa por la ley, sino por el poder ejecutivo.

*Incluso, no es inusual que en ciertas materias sean propiamente empresas privadas las que fijen las reglas, con arreglo a las cuales ha de desarrollarse una determinada actividad, reglas que son asumidas por la Administración.*

*El TC español ha considerado conforme con la CE las leyes penales en blanco siempre que: a) la remisión a normas de rango inferior sea expresa; b) esté justificada por el bien jurídico protegido en la norma; c) esta, la norma, contenga el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la conducta quede suficientemente concretada con el necesario complemento de la disposición a la que remite (SSTC 122/1987, 127/1990, 111/1993, 24/1996, 120/1998, entre otras).*

## 5. RECAPITULACIÓN

- *La expresión Derecho penal se utiliza en varios sentidos ¿recuerda en cuáles?*
- *De la definición de Derecho penal forman parte varios elementos ¿los recuerda?*
- *¿En qué consiste el “ius puniendi”?*
- *¿Quién lo ejerce?*
- *¿Por qué debe reinar una buena armonía entre las diferentes ramas del ordenamiento jurídico?*
- *¿Qué consecuencias tiene dicha armonía?*
- *¿Cuándo está justificada la intervención del Derecho penal?*
- *¿Recuerda algunos preceptos que dejan patente la relación entre CE y Derecho penal?*
- *¿Recuerda la clase de diferencias existentes entre ilícitos penales e ilícitos administrativos?*
- *¿Recuerda la clase de relaciones existentes entre el Derecho penal y los Derechos procesal y penitenciario?*
- *¿De qué forma y cuándo puede influir la Criminología en el Derecho penal?*
  - *¿Cuál es la finalidad de la Política Criminal?*
- *¿Sobre qué sector de la realidad operan las normas jurídico-penales?*
- *¿Cuál es la esencia de la norma penal?*
- *La norma penal, como norma, cumple dos funciones ¿recuerda cuáles son?*
- *¿Recuerda cuál es la estructura de la norma penal?*
- *¿Cuándo se puede decir de una norma que es completa y cuándo incompleta?*
- *Las leyes penales en blanco son una clase de normas penales incompletas ¿recuerda en qué consisten?*
- *¿Pueden ser inconstitucionales las leyes penales en blanco?*
- *Incumplir la palabra dada, engañar al mejor amigo, ser infiel a la propia pareja, desear firmemente la muerte de otra persona y pensar en cómo causársela, desear y planear el robo de bienes ajenos ¿le parecen hechos que deban ser castigados en una norma penal?*
- *¿Qué principios rigen en materia de interpretación?*
- *¿Y en materia de concurso aparente de leyes penales?*
- *¿Le parece posible diferenciar la interpretación extensiva de la aplicación analógica?*

- *¿Qué diferencias aprecia entre el principio de especialidad y el de consunción?*
- *¿Qué diferencia esencial media entre el concurso de leyes y el de delitos?*

# TEMA II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

*Sumario: 1. Principios fundamentales del Derecho penal. 2. Recapitulación.*

## 1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

Los principios rectores del Derecho penal están formulados, explícita o implícitamente, en las Constituciones y en los Códigos penales, y a través de ellos se fijan unos límites que no pueden ser rebasados ni por el legislador cuando legisla en materia penal, ni por los jueces cuando aplican las normas penales, ni por la administración cuando ejecuta las sanciones impuestas por los órganos jurisdiccionales.

Son los siguientes:

- principio de legalidad;
- principio de prohibición de exceso;
- principio “ne bis in idem”;
- principio de presunción de inocencia;
- principio de igualdad;
- principio de culpabilidad;
- principio de resocialización;
- principio de humanidad de las penas.

*Estos principios, hoy comúnmente aceptados en los países democráticos, no comenzaron a informar el Derecho penal hasta finales del siglo XVIII, merced al influjo de la Ilustración y al triunfo de la Revolución francesa. Hasta entonces y aún en tiempos posteriores -en España hasta bien entrado el siglo XIX- regía un Derecho penal, el del antiguo régimen, caracterizado a grandes rasgos:*

*a) Por ser un Derecho penal concebido para intimidar a los ciudadanos y, por consiguiente, con tendencia al exceso: la pena de muerte estaba prevista para muchos delitos, incluso para el hurto, en algunas legislaciones; las penas atroces eran usuales; además de las penas ordinarias, los jueces a su arbitrio podían imponer otras más severas, por razones de ejemplaridad,...*

*b) Por estar más al servicio del poder absoluto encarnado por los soberanos, que al de los intereses de los ciudadanos.*

*c) Por la confusión entre moral y derecho, que daba pie al castigo de hechos tenidos por inmorales o transgresores de determinados preceptos religiosos.*

d) Por la ausencia de garantías para el súbdito, toda vez que había una insuficiente delimitación de los hechos punibles, estaba admitida la aplicación analógica de las normas penales, la arbitrariedad judicial estaba instaurada, el tormento se empleaba como método indagatorio, etc.

e) Por ser un Derecho que se aplicaba de forma desigual, en atención a la procedencia social del encausado: de forma más rigurosa para el plebeyo que para el noble.

f) Por hacer extensiva la responsabilidad, al menos parcialmente, a los parientes próximos del condenado.

Contra el estado de cosas que hacía posible ese Derecho penal se alzaron las voces de los ilustrados, de manera muy especial las de Montesquieu, Beccaria, Howard, Lardizábal,... Ellos sentaron las bases de los principios que vamos a estudiar a continuación, que representan una conquista irrenunciable para todos los ciudadanos, no ya porque su implantación costara ríos de sangre, sino por cuanto suponen la afirmación de la dignidad personal, de la libertad, de la igualdad de todos ante la ley, de la seguridad jurídica,... Y, desde luego, su pérdida supondría la vuelta a la tiranía como sistema y la conversión de los ciudadanos en súbditos.

## A) Principio de legalidad

El principio de legalidad en el ámbito penal, enunciado abreviadamente mediante el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, es la base sobre la que se asienta la seguridad jurídica: gracias a él el ciudadano sabe qué conductas están castigadas y de qué forma y, en consecuencia, sabe qué conductas debe abstenerse de realizar, y sabe también que no realizándolas no será castigado. Sin esa seguridad, la libertad individual deviene mera ilusión, pues si se ignora qué se puede y qué no se puede hacer, se teme actuar por si al hacerlo se ejecuta una conducta prohibida o que la autoridad desea reprimir en un momento dado, con lo cual se puede acabar no actuando por si acaso.

Por ello, el TC habla del derecho de los ciudadanos a que los delitos y sus penas figuren en la ley, lo que les permite programar sus comportamientos sin temor a condenas por actos no tipificados previamente y saber, o al menos tener la posibilidad de saber, que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (SSTC 93/1992, 26/1994, 120/1996, 137/1997). El TS, por su parte, ha reiterado que el principio de legalidad supone, al menos, una triple exigencia: la existencia de una ley, que sea anterior al hecho sancionado y que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, “*lex scripta, previa y certa*” (STS de 26 de febrero de 2001).

En la actualidad, el principio de legalidad significa que:

- sólo incurre en delito quien realiza un hecho castigado como tal previamente por la ley;
- sólo pueden imponerse las penas establecidas por la ley (con anterioridad a la ejecución del hecho); que
- habrán de ser ejecutadas de la forma prevista también en la ley,
- tras un proceso ante el juez natural, con observancia de todas las garantías establecidas legalmente.



Así han quedado esbozadas, respectivamente, las garantías criminal, penal, de ejecución y procesal o jurisdiccional, propias del principio de legalidad.

- La garantía criminal está expresada en el art. 1 PCP e, indirectamente, en el 21: “Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su realización”.

- De la garantía penal se ocupa el número 2 del art. 1 PCP: “No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por ley anterior a su realización”.

*También ha de traerse a colación el art. 21.*

- La garantía procesal se encuentra en el art. 6.1 PCP: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan.”

- La garantía de ejecución en el art. 6.2 PCP: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento”.

De las garantías mencionadas se desprende que el principio de legalidad comporta:

- la *reserva absoluta de ley en materia criminal* o lo que es lo mismo, que solamente por ley emanada del poder legislativo es posible establecer delitos y sus correspondientes penas; y que, por tanto, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo, ni por el poder judicial pueden crearse normas penales; en este sentido, en el art. 1.1 PCP se dice que “Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su realización”;

*La reserva absoluta de ley en materia penal se afirma, entre otras, en las SSTC 25/1984, 140/1986, 118/1992, 26/1994); aunque se acepta que para complementar una ley penal se recurra a normas extrapenales carentes del rango de ley, a leyes penales en blanco (SSTC 118/1992, 102/1994, 120/1998);*

- la *taxatividad de la ley*, que aunque no esté explícitamente proclamada es consustancial al principio de legalidad, pues sin ella éste sería mera apariencia, y estriba en que las normas penales, además de ser creadas por una ley, han de estar formuladas de forma clara y precisa, a fin de que los hechos castigados en ellas estén delimitados al máximo, y que sus destinatarios puedan comprender con la mayor facilidad posible, cuáles son los comportamientos punibles

*En este sentido, el TC ha mantenido que el mandato de taxatividad exige al legislador el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, que las normas han de ser concretas, precisas, claras e inteligibles, siendo sólo admisible constitucionalmente el recurso del legislador a las cláusulas normativas cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos; y que el principio de legalidad no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia el mandato de determinación no supone que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos penalmente ilícitos (SSTC 111/1993, 184/1995, 151/1997, 136/1999);*

- que las leyes penales son *irretroactivas*, como regla general, y así lo dispone el art. 2 PCP

*De forma sintética se ha dicho, entre otras, en las SSTC 133/1987, 61/1990, que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos estas tres exigencias: la existencia de una ley, que la ley sea anterior al hecho sancionado y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado);*

- la *prohibición de la analogía*, como establece los arts. 1.4 y 10 PCP

*En las SSTC 75/1984, 133/1987, 89/1993, 174/2000, 64/2001, se señala que tanto puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora cuando se constata una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión).*

## **B). Principio de prohibición de exceso**

Es un principio general del Derecho público, que responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad o de otros derechos, y, consiguientemente, a la de limitar su uso a lo imprescindible; y lo imprescindible es establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos, como requiere el principio de lesividad, y con respeto a la dignidad de la persona.

En el PCP está proclamado el principio de lesividad, en el art. 7, según el cual: “Sólo podrá ser sancionada la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico, tutelado por la ley penal”; así como el de dignidad personal: “El Estado garantiza que toda persona a quien se atribuya delito o falta penal tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen torturas, procedimientos o tratos inhumanos, crueles, infamantes o degradantes”.

*En el mismo sentido, el TC, desde sus sentencias 11/1981 y 62/1982, en las cuales consideró indispensable la protección de un bien jurídico para que la limitación de derechos constituciones fuera acorde con la CE. En consecuencia, la ley penal no puede dispensar su protección a bienes jurídicos proscritos constitucionalmente o socialmente irrelevantes, protección que, además, ha de ser necesaria y proporcionada, pues, dada la gravedad de las respuestas penales, sólo deben operar frente a conductas y para la tutela de bienes jurídicos de importancia; de modo que no se produzca un sacrificio innecesario o excesivo de los derechos, cuyo origen puede estar en una innecesaria reacción penal o por ser excesiva la cuantía o la extensión de la pena en relación con la entidad del delito (SSTC 51/1989, 136/1994, 19 y 55/1996, 161/1997, 232/1998, 136/1999).*

Del principio general de prohibición de exceso derivan otros principios que no son sino concreciones de aquél, que cabe formular así:

a) el *principio de adecuación*, con arreglo al cual

*toda sanción ha de ser adecuada a la finalidad perseguida con la misma, a la finalidad de tutelar un bien jurídico, en especial;*

b) el *principio de necesidad*, generalmente denominado principio de intervención mínima, implica que

*sólo se puede recurrir al Derecho penal y, por ende, a la conminación con pena, para dispensar protección a los bienes jurídicos dignos de ella frente a los ataques más graves e intolerables (esto es lo que se llama el carácter fragmentario del Derecho penal).*

Y significa asimismo que

*únicamente cabe recurrir al Derecho penal cuando los demás medios del arsenal jurídico, propios de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, han resultado insuficientes para tutelar el bien o los bienes jurídicos agredidos (es el llamado carácter subsidiario del Derecho penal).*

Puede decirse, pues, que ni todos los bienes jurídicos requieren de la tutela penal, ni los que la requieren la precisan en todo caso, frente a toda suerte de daño.

*El patrimonio individual está protegido en el PCP en los arts. 218 y ss, solamente frente a determinados ataques (los considerados constitutivos de los delitos de hurto, de robo, de estafa, de apropiación indebida, etc.). Para otra clase de perjuicios o daños que pueda sufrir aquél están las previsiones propias del Derecho privado.*

**c) El principio de proporcionalidad en sentido estricto supone dos cosas:**

*la primera, que el legislador al establecer delitos y sus correspondientes penas ha de buscar el equilibrio entre la entidad de éstas y la gravedad de aquellos; y segunda, que el juez ha de acompasar igualmente la pena concreta que impone al condenado con la gravedad del delito cometido por éste.*

Los jueces y tribunales disponen de unos márgenes relativamente amplios para la fijación de las penas que imponen a quienes condenan; unos márgenes que oscilan entre un mínimo y un máximo legalmente marcados, que permiten una mejor individualización de la pena, una mejor ajuste y equilibrio entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena.

*Para el homicidio esos márgenes, referidos a la pena de prisión, están cifrados en los diez y los quince años (art. 138); para el acoso sexual, en seis meses y dos años (art. 174); para el abigeato, en dos y siete años (art. 221), etc. Y otro tanto sucede con las penas de multa y con las restrictivas de otros derechos. Entre esos límites mínimo y máximo, los jueces han de seleccionar la “cantidad” de pena más adecuada y ajustada al caso.*

Pero la importancia de este principio va más allá y afecta a toda cuanta actividad de las Administraciones Públicas incida en los derechos constitucionales de los administrados, y sirve para valorar, ponderar y resolver conflictos entre bienes e intereses distintos, como los que se suscitan en el desarrollo de una investigación policial, entre el interés por descubrir al responsable de un delito, encontrar pruebas que lo incriminen, etc., y los derechos fundamentales a la intimidad, al honor,...

**C) El principio “ne bis in idem”**

Este principio, vinculado a los de tipicidad y legalidad (según las SSTC deja sentir sus efectos en los ámbitos del Derecho penal sustantivo y del procesal, de todo el Derecho sancionador en realidad.

*El principio “ne bis in idem” prohíbe en la esfera penal que una persona sea castigada más de una vez por la misma infracción; y en la procesal, que se la juzgue más de una vez por el mismo hecho.*

*Particular interés tiene la posible concurrencia de una sanción penal y otra administrativa por idéntico hecho. Al respecto el TC ha manifestado que no cabe imponer ambas sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho y por igual fundamento, pero sí cabe cuando el fundamento de una y otra sanción es distinto, o cuando el sujeto se halla en relación de especial sujeción con la Administración, siempre que el fundamento de las sanciones sea diferente, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (SSTC 2/1981, 77/1983, 234/1991).*

#### **D) El principio de igualdad**

Consustancial a todo Estado de Derecho, incide en el Derecho penal

*prohibiendo al legislador introducir sin justificación tratamientos diferenciados en las normas penales; y obligando al juez a no resolver casos idénticos de forma dispar, sin fundamentar en razones sólidas su proceder.*

*El principio de igualdad entraña un límite para el legislador que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de justificación objetiva y razonable (SSTC 22/1981, 59/1982, 83/1984,...). Por tanto, no significa que el legislador no pueda dispensar un trato distinto a unas personas y a otras, pues puede hacerlo siempre que esa diferencia esté plenamente justificada. Y también representa un límite para el juzgador, que no puede aplicar un mismo precepto en casos iguales con notoria desigualdad, por motivaciones arbitrarias (STC 8/1981); que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando considere que debe variarlo ha de ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC 49/1982). Por último, debe tenerse en cuenta que el derecho reconocido en el art. 14 CE es el derecho de igualdad ante la ley no contra la ley (si una persona es juzgada y condenada por un determinado delito, no puede alegar la vulneración del principio de igualdad porque otras personas que hayan cometido el mismo delito no sean también juzgadas y condenadas -STC 17/1984-).*

#### **E) Principio de presunción de inocencia**

Es un derecho fundamental, con arreglo al cual

*toda persona tiene derecho a ser considerada no responsable de un delito, por muchos indicios que haya en su contra, hasta tanto no se demuestre su responsabilidad, en un proceso celebrado con todas las garantías.*

Este derecho obliga al legislador a no cimentar en presunciones la responsabilidad criminal, y al juez, a condenar a partir de pruebas de cargo, obtenidas con todas las garantías, de las que se deduzca razonablemente, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, el hecho punible en todos sus elementos y la intervención del acusado en los mismos (SSTC 31/1981, 109/1986, 259/1994, 189/1998, 229/1999, 209/2001,...).

Este derecho a la presunción de inocencia implica que no se puede operar en Derecho penal con presunciones a la hora de legislar ni a la hora de juzgar. Implica también que el acusado de haber cometido un delito no tiene que demostrar su

inocencia, porque es la acusación quien tiene que demostrar que lo ha cometido, mediante la aportación de pruebas de cargo que lo acrediten ante el juez o tribunal.

*Como regla general, sólo tienen el carácter de auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral y son sometidas así a inmediación y contradicción (STC 217/1989), aunque excepcionalmente se admite la prueba preconstituida, siempre que se observen determinados requisitos, como la posibilidad de la contradicción, para lo cual debe proveerse al acusado de letrado. De modo que la prueba testifical puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada, por ejemplo en los casos de imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento. E igualmente se admite el testimonio de referencia, aunque por sí solo no puede erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 131/1997, 97/1999, 209/2001, en la que se citan varias sentencias del tribunal Europeo de Derechos Humanos en este sentido).*

## **F) Principio de culpabilidad**

Cuando una persona efectúa un hecho descrito en una norma penal sancionadora (mata a otro, por ejemplo, realizando así el hecho prohibido en el art. 138), hace caso omiso de la valoración negativa contenida en dicha norma (salvo que actúe justificadamente, en legítima defensa, v.gr.); y si, además, esa persona es adulta y capaz (vid. el art. 40 PCP) y ha actuado de forma consciente y voluntaria, ha desatendido la advertencia de respetar la valoración contenida en la norma y de abstenerse de incurrir en la conducta castigada en ella, cuando le era posible y tenía el deber de actuar de otro modo. Por la primera transgresión, ese sujeto ha actuado antijurídicamente; por la segunda ha actuado culpablemente.

En este sentido, se declara en el art. 9 CPC

*“1. La pena o la medida de seguridad sólo se impondrá si la acción o la omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia. Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado.*

*“2. No hay pena sin culpabilidad. La pena no podrá superar la que resulte proporcionada al grado de culpabilidad respecto del delito; en consecuencia se adecuará la pena en función de la menor culpabilidad”.*

No basta, por tanto, con la realización del hecho descrito en una norma penal para que las consecuencias que previene alcancen al infractor; es necesario, además, que éste actúe culpablemente —con conciencia y voluntad—, y sin el amparo de una causa de justificación.

*De ahí que no se castiguen igual los delitos cometidos con dolo que los cometidos por imprudencia grave, especialmente cuando se trata de un mismo delito, como sucede, v.gr., con el homicidio, castigado con pena mayor en el art. 138 (homicidio doloso) que en el 141 (homicidio imprudente o culposo).*

Tenemos, pues, que tan sólo se puede castigar penalmente a alguien cuando es culpable. Afirmación que nos obliga a preguntarnos por el concepto de culpabilidad, que de manera abreviada, puede decirse, consiste en

- *la recriminación que se hace a una persona por haber realizado una conducta castigada (antijurídica) en una norma penal;*

- *recriminación que se le hace porque ha desoído la advertencia contenida en la norma y, consecuentemente, ha infringido el deber que tenía (de abstenerse de realizar la conducta prohibida, de no actuar como ha actuado).*

El reproche se efectúa, por tanto, por el hecho ejecutado por el sujeto, no por su forma de ser o de conducirse habitualmente. Es el hecho ejecutado el que da lugar al castigo. Pero la reconvención y la pena subsiguiente sólo pueden imponerse si dicho sujeto cuando obró como lo hizo

*tenía la posibilidad de acatar la indicación de la norma y de actuar conforme a ella.*

Tal posibilidad únicamente puede afirmarse si se toma como punto de partida la idea, según la cual el hombre dispone de ciertos márgenes de libertad, y le es posible optar entre comportarse de acuerdo con las normas o contravenirlas.

*Por supuesto, presuponer que el hombre es libre no significa desconocer los condicionamientos y presiones que se ciernen sobre él, de origen genético, psicológico, social, familiar,..., y el influjo que ejercen en sus tomas de decisiones.*

### **G) Principio de resocialización o reeducación**

El art. 46 dispone que

*“Las penas tienen un carácter reeducativo”.*

Esta manifestación, similar a la recogida en diferentes legislaciones, no agota los fines de la pena, pero sí subraya que con ésta no se persigue solamente el castigo del infractor de la ley penal, e indica que penas de prisión deben ejecutarse de la forma que menos potencie sus efectos asociales y fortalezca más los socializadores.

*De ahí podría deducirse que el penado tiene derecho a que su paso por un centro de reclusión no ejerza sobre él una maléfica influencia, que le impulse a seguir la carrera del crimen; al contrario, tiene derecho a que le sirva, con la ayuda del tratamiento penitenciario, para no volver a delinquir.*

### **H) El principio de humanidad de las penas**

Desde hace años, hay una progresiva tendencia generalizada a dulcificar el rigor de las penas que se aprecia en la supresión de las penas corporales, de la pena de muerte, en la reducción de la duración de las penas, en la limitación del alcance de las mismas a lo imprescindible, en la aparición de sustitutivos de la pena tradicional,... Humanización obligada en un sistema penal en el cual se declara el principio de la dignidad humana (art. 4 PCP). De ahí que, no se contemple en el PCP la pena de muerte y se prohíba la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (art. 4); y se fijen unos límites a la duración máxima de la pena de prisión (art. 52 PCP).

## **2. RECAPITULACIÓN**

- *Esquematice los rasgos más acusados del Derecho penal del antiguo régimen.*
- *Recuerde el significado del principio de legalidad y sus consecuencias.*
- *¿En qué preceptos se proclama el principio de legalidad?*
- *Recuerde los principios derivados del de prohibición de exceso.*
- *En particular, dentro del principio de necesidad distinga entre los caracteres fragmentario y subsidiario del Derecho penal.*
- *¿Qué consecuencias se siguen del principio “non bis in idem” en los ámbitos penal sustantivo y penal procesal?*
- *¿Y de la presunción de inocencia?*
- *Recuerde los caracteres básicos del principio de culpabilidad.*
- *Recuerde en qué consiste dicho principio.*
- *¿En qué consiste el principio de resocialización y dónde está reconocido?*
- *¿Y el de humanidad de las penas?*



## **TEMA III. FUENTES DEL DERECHO PENAL**

*Sumario. 1. Fuentes del Derecho. 2. Fuentes extralegales del Derecho penal. 3. Recapitulación.*

### **1. FUENTES DEL DERECHO**

Se habla de fuentes del Derecho en varios sentidos. Aquí nos interesa exclusivamente centrarnos en uno, en el de fuente del Derecho como origen y creación del Derecho, como medio a través del cual se producen las normas jurídicas. Ahora bien, como en Derecho penal, en virtud del principio de legalidad, tan sólo mediante la ley se pueden crear normas penales (pues, recuérdese, rige la reserva absoluta de ley), rápidamente ha de concluirse que

*la única fuente del Derecho penal es la ley.*

Las leyes, en general, por tanto, también las penales, proceden del poder legislativo, son actos de éste, expresión de su voluntad, manifestada en la forma establecida y con capacidad de obligar a los poderes ejecutivo y judicial, así como a los ciudadanos.

*La razón última por la cual sólo por ley se pueden instituir delitos y penas estriba en que sólo así se garantiza que unos y otras responden al sentir general, expresado por los representantes de todos los ciudadanos en el Parlamento, no a la voluntad de una persona, y que están previstos para todos por igual.*

Una vez sentado que la ley es la única fuente del Derecho penal, conviene, no obstante, prestar alguna atención a las denominadas por algunos autores “fuentes extralegales” del Derecho penal, concretamente a

- la costumbre,
- la jurisprudencia,
- la analogía.

### **2. FUENTES EXTRALEGALES DEL DERECHO PENAL**

## 2.1. La costumbre

Por medio de la costumbre no pueden crearse normas penales, pero sí complementarse. Para complementar, por ejemplo, la exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 34.7 PCP), puesto que se puede obrar ejercitando un derecho fundado en una costumbre.

## 2.2. La analogía

*Hay analogía (o aplicación analógica) de las normas cuando un juez se encuentra con un supuesto de hecho para el cual no hay una solución legalmente prevista y lo resuelve aplicando una norma establecida en una ley para casos semejantes al que ahora enjuicia, para casos que responden a parecido criterio valorativo.*

*Debe tenerse presente que la analogía puede ser “legis”, si se aplica una ley concreta al caso no regulado, o “iuris”, si se extrae una norma, mejor una regla, del conjunto del ordenamiento jurídico para resolver el problema; y también “in bonam” o “in malam partem”, según se recurra a una norma favorable o a una desfavorable para el reo.*

La analogía, como es obvio, tiene su origen en la existencia de una laguna, de un vacío en el ordenamiento jurídico, que se quiere colmar mediante la aplicación de la norma prevista para supuestos semejantes al fallo de regulación. Ahora bien, como el principio de legalidad penal determina que no hay más hechos punibles que los expresamente tipificados en la ley, en materia penal no hay lagunas; de manera que si un suceso no está explícitamente contemplado en una ley, no es constitutivo de delito y no puede ser castigado, siendo ilícito sancionarlo por medio de una norma prevista para sucesos con los que guarda algún parecido. Y, en consecuencia, si no hay lagunas la analogía está erradicada del ordenamiento punitivo, por inútil y por su consustancial inconstitucionalidad, al contradecir el reiterado principio de legalidad.

*Cuestión distinta es que se piense en la conveniencia u oportunidad de reprimir penalmente ciertos hechos, que se considere necesario criminalizar unas conductas, que se eche en falta su penalización. Pero mientras tal cosa no suceda, mientras aquellos pensamientos no se plasmen en una ley con la tipificación de las conductas reprobadas, éstas no podrán ser perseguidas por la justicia criminal.*

En el art. 10 PCP se prohíbe en materia penal la aplicación analógica:

“a) Para crear delitos, faltas, circunstancias agravantes de la responsabilidad, sanciones o medidas de seguridad y consecuencias accesorias no previstas en la ley.

“b) Ampliar los límites de las condiciones legales que permitan la aplicación de una sanción, medida de seguridad y consecuencia accesoria.

“c) Ampliar los límites de las sanciones, medidas de seguridad y consecuencias accesorias previstas legalmente”.

Por el contrario, conforme al apartado 2 del mencionado art., “podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo”.

Por otra parte, es preciso diferenciar la analogía de la *interpretación analógica*.

*La interpretación analógica consiste en la aplicación de una norma a supuestos semejantes a los contemplados en ella, aunque distintos, por disponerlo así la propia norma.*

La diferencia estriba, pues, en la existencia o no de autorización legal para ampliar el ámbito aplicativo de una norma.

*Un ejemplo paradigmático de interpretación analógica lo tenemos en el párrafo final del art. 35 PCP, que establece que es una circunstancia atenuante “cualquiera otra circunstancia de igual naturaleza, que a juicio del tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores...”, gracias al cual el juez ha de considerar atenuante, y apreciar los efectos dispuestos en el art. 66, a toda circunstancia diferente de las expresadas en los cinco números anteriores, que respondan a idénticos criterios valorativos.*

*La aplicación de una norma a un caso que queda fuera de las previsiones de aquella, implica en Derecho penal castigar un hecho sin que exista una norma anterior que lo califique de tal; lo que equivale a creación judicial del Derecho, algo que, como vimos, contradice frontalmente el principio de legalidad.*

### **3. La jurisprudencia**

La jurisprudencia, obviamente, no es fuente del Derecho, y todavía menos del penal por vedarlo el principio de legalidad, pero conviene retener esta idea:

*toda disposición penal es interpretada cada vez que se aplica, y no siempre es interpretada de la misma forma por el órgano o los órganos jurisdiccionales.*

*Las razones por las que los tribunales aplican de forma dispar un mismo precepto son también dispares: una veces lo hacen porque alcanzan la convicción de que la interpretación precedente debe ser*

*dejada atrás y sustituida por una mejor; otras, porque no siendo los casos que han de resolver idénticos, quizá se sientan obligados a modular de una u otra forma el precepto que aplican; otras, por discrepar del criterio adoptado por órganos judiciales de la misma o de superior instancia; etc. Y no faltan sentencias para cuya explicación es difícil encontrar argumentos aceptables -tal sucede cuando un mismo órgano, en supuestos sustancialmente iguales, dicta, sin justificar el porqué, resoluciones distintas y, por ende, contradictorias, propiciando una posible preterición del principio de igualdad, o cuando tribunales diferentes hacen lo propio, o recurren a exégesis analógicas-, o simplemente no los hay, como en las dictadas a sabiendas de su injusticia, subsumibles en la prevaricación judicial.*

En todo caso, la necesidad de una previa interpretación permite afirmar que

*las interpretaciones que jueces y tribunales hacen de las leyes se superponen a éstas y aun no creando Derecho lo modelan.*

Por otra parte, la forma en que los tribunales –los tribunales superiores en especial– entienden las leyes, tiene una importancia capital, pues la lectura hecha por aquellos condiciona y determina, en gran medida, la aplicación de las normas por parte de los tribunales inferiores, entre otras cosas porque como sus resoluciones pueden ser revisadas por los superiores, prestan enorme atención a la manera que tienen éstos de aplicar las normas.

#### **4. RECAPITULACIÓN**

- *¿Cuál es la fuente del Derecho penal?*
- *¿En qué consiste?*
- *¿Por qué la ley es la única fuente del Derecho penal?*
- *Recuerde cuáles son las fuentes extralegales del Derecho penal.*
- *¿Qué papel desempeñan los tratados internacionales en el seno del Derecho penal?*
- *¿Y la costumbre?*
- *¿Y las SSTC?*
- *¿Y las SSTS?*
- *¿En qué consiste la analogía? ¿Y la interpretación analógica?*

## TEMA IV. LOS LÍMITES DE LA LEY PENAL

*Sumario: 1. Límites temporales. 2. Límites espaciales. 3. El Derecho penal internacional. 4. Límites personales. 5. Recapitulación.*

Las leyes penales están sujetas a unos límites *temporales, espaciales y personales*. Temporales, porque las leyes tienen un periodo de vigencia: desde su entrada en vigor hasta su derogación; espaciales, porque rigen en el territorio del Estado que las ha aprobado; personales, porque en su aplicación al conjunto de los ciudadanos, se producen excepciones en relación con personas que ocupan determinados cargos.

### 1. LÍMITES TEMPORALES

#### 1.1. Vigencia de las leyes

Como regla general, las leyes penales rigen entre dos momentos: el de su *entrada en vigor* y el de su *derogación*. Por tanto, se aplican, en principio, a los hechos sucedidos entre esos dos momentos.

#### 1.2. Irretroactividad y retroactividad de las leyes penales

##### A) Conceptos

Como acabamos de señalar, la regla general en esta materia es que

*las leyes penales solamente se aplican a los hechos acontecidos durante su periodo de vigencia -desde su entrada en vigor hasta su derogación-, no a los acontecidos antes de su entrada en vigor (irretroactividad).*

La irretroactividad de las leyes penales es consecuencia obligada del principio de legalidad y a ella se refiere expresamente el art. 2 CPC, cuando dice

*“La ley penal no tiene efecto retroactivo, excepto cuando favorezca al reo”.*

De modo que junto a la regla general, la regla de la irretroactividad coexiste otra, podríamos decir, excepcional:

*las leyes penales pueden aplicarse a hechos sucedidos antes de su entrada en vigor, cuando favorezcan al reo (retroactividad de la ley penal más favorable).*

En cuanto al fundamento de una y otra, puede decirse que el de la irretroactividad genérica se encuentra en los principios de legalidad y de seguridad jurídica; y el de la retroactividad de la ley más favorable, en el principio de prohibición de exceso.

*En efecto, de un lado, el principio de legalidad impone, como se ha reiterado, que nadie puede ser castigado por una ley posterior a la perpetración del hecho (¿qué seguridad habría si pudiéramos ser castigados el año próximo por algo que a día de hoy no es delito?); de otro, si el principio de prohibición de exceso comporta que las normas penales (su presupuesto y su consecuencia) han de ser adecuadas, necesarias y proporcionales a los fines perseguidos de protección de bienes y de contribuir a una convivencia ordenada, y en un momento dado se decide aprobar una ley que cambia la hasta entonces vigente (y, por tanto, las normas comprendidas en esta última), por considerarla demasiado rigurosa, iría contra el principio de prohibición de exceso que continuara aplicándose la ley modificada, pues, evidentemente, ya no se la considera adecuada, necesaria ni proporcional -por eso se la cambia-, y que no se aplicara la nueva más conforme, es de suponer, con los repetidos requisitos.*

## *B) Situaciones*

Las leyes penales se suceden unas a otras. En este proceso de *sucesivas sucesiones* se enmarcan los problemas relativos a la retroactividad y a la irretroactividad, planteándose cuatro situaciones diferentes, según cuál sea la ley más favorable de las dos que se siguen en el tiempo, con consecuencias distintas obviamente:

- cuando en la ley nueva se considera delictivo un hecho que en la antigua no se castigaba, la primera no puede tener efectos retroactivos, y aplicarse a sucesos acaecidos durante la vigencia de la derogada;
- si en la nueva se agravan las consecuencias previstas en la antigua o se amplía su ámbito aplicativo, tampoco la primera puede tener efectos

retroactivos; y los hechos deben seguir enjuiciándose con arreglo a la vieja;

- si en la nueva ley deja de considerarse delictivo un hecho penado hasta entonces, sí tiene efectos retroactivos;
- si en la nueva ley se regula un hecho con menos severidad que en la precedente, igualmente tiene aquélla efectos retroactivos.

A estas situaciones cabe añadir otra que se produce si las dos leyes tienen a la vez aspectos beneficiosos para el reo junto a otros perjudiciales. Cuando tal cosa suceda no pueden elegirse los aspectos favorables de una y de otra ley, prescindiendo de los desfavorables: ha de aplicarse una de las dos leyes en bloque, con lo que tiene de beneficioso y de perjudicial. Si se operase de otro modo, si el juez escogiese parte de una ley y parte de la otra, estaría componiendo una ley nueva -la formada con fragmentos de aquellas dos, diferente de cada una de ellas- tarea que sólo compete al poder legislativo (como se ha reconocido en la STC 131/1986).

*Téngase en cuenta que una ley se reputará más favorable que su precedente a partir de una comparación conjunta de ambas normativas, pues habrá de valorarse no sólo cuál asigna una pena menor al delito al que estén referidas, sino también cuál restringe más el ámbito aplicativo de aquél, cuál carece de cualificaciones agravatorias o tiene menos, cuál tiene más posibilidades atenuatorias, etc.*

### *C) Determinación de la ley penal más favorable*

Hasta aquí nos hemos referido a las leyes más beneficiosas, pero sin precisar cuáles son. Con frecuencia, será fácil determinarlo, comparando la gravedad de las penas de las leyes en cuestión, gravedad que a veces se fijará atendiendo al límite mínimo de la pena de cada infracción (si en los preceptos comparados las respectivas penas tienen idéntica duración máxima, seis años por ejemplo, pero en uno la duración mínima es menor, dos años frente a tres del otro, aquel será el precepto menos gravoso). Pero, en ocasiones, las cosas se complican, como cuando en una y otra ley se establecen penas de distinta naturaleza (prisión en una, e inhabilitación en la otra) o en una, pese a ser nominalmente más rigurosa, están establecidos específicos beneficios que la otra no considera.

En estos casos, cuando se trata de penas heterogéneas, y en general cuando existan dudas, ha de ser oído el reo (art. 3.3 PCP).

#### D) Alcance de la retroactividad de las leyes penales más favorables

En el art. 2.2 del PCP se dice que

*“Si con posterioridad a la comisión de un delito o falta entra en vigencia una nueva ley, en el caso particular que se juzgue se aplicará la que sea más favorable al reo. Este principio rige también para las personas condenadas, que estén pendientes de cumplir total o parcialmente la condena.”*

Y en el art. 3.2 se reitera

*“Si la entrada en vigencia de una nueva ley se produce antes del cumplimiento de la condena y resulta favorable al condenado, el Juez o el Tribunal competente deberá modificar la sentencia de acuerdo con ella en lo relativo a la pena o medida de seguridad.”*

De este modo se confiere a las leyes penales favorables efectos retroactivos que alcanzan a

- los hechos pendientes de ser juzgados;
- los hechos ya juzgados y sentenciados;
- los hechos sentenciados, cuyo autor está cumpliendo condena.

Dicho esto, cabe plantear un cuarto supuesto problemático y debatido: el que se suscita cuando al entrar en vigor la nueva ley más favorable, el reo ya ha cumplido la condena impuesta de acuerdo con la ley antigua. En este caso, la aplicación de la ley nueva beneficiaría al condenado en punto a antecedentes penales y a la eventual apreciación de la agravante de reincidencia.

*A nuestro juicio, también en estas hipótesis debe tener carácter retroactivo la ley más favorable, entre otras cosas porque sería absurdo que un juez, para estimar la agravante citada, tomara en cuenta una sentencia en la que se hubiera condenado al reo por unos hechos que la ley nueva ya no considerara delictivos, algo que equivaldría a dotar de “ultraactividad” a la ley menos favorable.*

En el caso de las leyes penales en blanco, debe tenerse presente que puede ser la ley extrapenal la que, por haber sido derogada, sustituida por otra o modificada, incida en sentido favorable o desfavorable en la norma penal que ayuda a colmar, porque amplíe o restrinja el ámbito típico, por ejemplo; en cuyo caso queda sometida a las



reglas generales de irretroactividad de las normas desfavorables y de retroactividad de las favorables.

#### *E) Ultraactividad de las leyes penales*

La otra cara de la moneda de la aplicación retroactiva de la ley más favorable, es la ultraactividad de las leyes penales ya derogadas, pero más beneficiosas que las nuevas. En efecto, como se desprende de todo lo dicho hasta ahora, cuando aparece una ley nueva más severa que la antigua, los delitos cometidos durante la vigencia de esta última se enjuician por ella, a pesar de no estar ya en vigor por haber sido derogada y reemplazada por la nueva.

#### *F) Supuestos especiales*

Se plantean varios en relación con:

- las **leyes penales intermedias**, que son aquellas que no han estado en vigor ni cuando se cometió el delito ni cuando éste es juzgado, sino entre ambos momentos; pues bien, tales leyes pueden ser aplicadas cuando son las más ventajosas de las tres que se han sucedido en el tiempo;

- las **leyes temporales y de excepción**, que se dictan para un periodo concreto de tiempo o a raíz de circunstancias excepcionales, no tienen efectos retroactivos, como tampoco los tienen las leyes que las sustituyen, al disponerse en el PCP que los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que de la ley posterior se desprenda inequívocamente lo contrario (art. 2.3);

- las **leyes penales en blanco**, en las que, como vimos, el presupuesto se encuentra en otra norma, cuando ésta sufre alguna modificación indirectamente modifica la ley penal, y si lo hace en sentido favorable debe apreciarse retroactivamente; innecesario es señalar que, con carácter general, la norma que complementa un elemento del tipo está sometida a la regla de la irretroactividad

*Valga como ejemplo lo que se dice en la STS de 12 de noviembre de 2001, según la cual el art. 3 del real decreto ley 4/2000, que suprime la necesidad de título oficial habilitante para ejercer las funciones propias de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, y complementa el art. 403 CP, es de aplicación retroactiva en lo que favorezca al reo (del delito de intrusismo);*

- las *leyes procesales*, en las que ha de distinguirse, según la ley nueva afecte o no a las garantías y derechos individuales: si los afecta restringiéndolos no debe tener efectos retroactivos, si los amplía, sí; y en caso de no atañer a los derechos individuales, debe aplicarse siempre la nueva;

- por último tienen gran interés, aunque aquí nos limitaremos a dejar constancia del problema, las cuestiones atinentes a la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales en la interpretación de las normas penales, que resultan perjudiciales para el reo; y la eventual retroactividad de los favorables.

#### *G) Tiempo de la comisión del delito*

Cuestión previa a cualquier pronunciamiento sobre qué ley es la que procede aplicar, si la posterior o la anterior, es la de saber cuándo se entiende cometido el delito; y al respecto, se resuelve en el art. 12.1 PCP que

*“El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el tiempo del resultado. Sin embargo, a efectos de prescripción, en los delitos de resultado el hecho se considera cometido en el momento en que se produzca el resultado”.*

Dicho momento, como es obvio, además de para determinar qué ley penal es la aplicable en el tiempo, es esencial para realizar el cómputo de la prescripción de los delitos, y tiene particular importancia en aquellos cuya ejecución o situación creada se prolongan en el tiempo -como la detención ilegal del art. 163 ó la bigamia del 208-, o en los que aquella no va seguida inmediatamente del resultado consumativo -como una muerte producida tiempo después de la agresión, o la carta injuriosa que tarda varios días en llegar a su destinatario-.

## **2. LÍMITES ESPACIALES**

Las normas aprobadas por un Estado están destinadas, por lo general, a regir en el interior de las fronteras de su territorio. Esta es la regla genérica en casi todos los ordenamientos (art. 13 PCP), y conforme a ella

*las leyes penales nicaragüenses se aplican a los delitos y faltas cometidos en territorio nicaragüense, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales ratificados por Nicaragua (principio de territorialidad de la ley penal).*

Este aserto abre dos interrogantes, a los que es obligado responder: ¿a qué llamamos territorio nicaragüense?, y ¿dónde se considera cometido un delito?

## **2.1. El territorio nicaragüense**

El territorio nicaragüense sobre el que el Estado ejerce su soberanía, comprende:

- el espacio terrestre (incluidas las aguas interiores), y
- el mar territorial, esto es, la zona de mar adyacente a todas las costas nicaragüenses,
- el espacio aéreo situado sobre el territorio y el mar territorial, y
- las embarcaciones y aeronaves de bandera nicaragüense y las sedes diplomáticas de Nicaragua en el extranjero (art. 13.2 PCP).

A todo hecho delictivo cometido en cualquiera de dichos espacios, que conforman el territorio nacional, le es aplicable la legislación penal nicaragüense, salvo que en un tratado internacional se haya acordado otra cosa.

*No debe perderse de vista la posibilidad de que surjan conflictos entre dos o más Estados, cuando sus respectivas legislaciones les otorgan jurisdicción sobre un mismo hecho en atención al lugar en el que ha acontecido. Piénsese en un delito cometido a bordo de un navío nicaragüense cuando navega por aguas de otro Estado.*

## **2.2. Lugar de la comisión del delito.**

La doctrina ha utilizado tres teorías para determinar el lugar de la comisión del delito: la teoría de la actividad, la teoría del resultado y la teoría de la ubicuidad; que lo

refieren, respectivamente, al lugar en el que se realiza la conducta, al de la producción del resultado y a ambos indistintamente. Esta última teoría es hoy seguida de forma mayoritaria, por ser la única de las tres que permite el castigo de hechos que, de otro modo, resultarían impunes (caso del paquete bomba remitido desde un país a otro, por ejemplo, si en el primero rige la teoría del resultado y en el segundo la de la actividad). En este sentido, el art. 12.2 dispone que

*“El hecho punible se considera realizado tanto en el lugar donde se desarrolló, total o parcialmente, la actividad delictiva de los autores y partícipes, como en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado o sus efectos.*

*“En los delitos puros de omisión el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida”.*

### 2.3. Ultraterritorialidad de las leyes penales

Hemos visto que en material de límites espaciales, la regla general es la de la territorialidad; sin embargo, hay importantes excepciones a esa regla, determinantes de la ultraterritorialidad de la ley penal. Así, podemos afirmar que las leyes penales de Nicaragua son aplicables a hechos acaecidos en el territorio de otro Estado, en virtud de alguno de los tres siguientes principios.

A) Por el **principio personal** (recogido en el art. 14 PCP), según el cual las leyes penales nicaragüenses son aplicables a hechos previstos en ellas como delitos, aunque se hayan cometido fuera del territorio siempre que los penalmente responsables fueren nicaragüenses o extranjeros nacionalizados nicaragüenses con posterioridad a la comisión del hecho, cuando concurren los siguientes requisitos:

- que el hecho sea delito según la legislación nicaragüense y la del país donde se cometió;
- que la víctima, ofendido o agraviado o la representación del Estado interpongan acusación ante los juzgados o tribunales nicaragüenses;
- que el autor de los hechos no haya sido absuelto, amnistiado o indultado o no haya cumplido la condena en el extranjero. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle

proporcionalmente la que le corresponda. En el caso de indulto, éste deberá llenar los requisitos de la ley especial”.

B) Por el **principio real o de protección** (art. 15 PCP) se faculta a aplicar la ley penal nicaragüense a hechos realizados fuera de Nicaragua por nicaragüenses o por extranjeros, constitutivos de los delitos:

- a) contra la seguridad exterior e interior del Estado;
- b) de falsificación de firma o sellos oficiales u otras falsificaciones que perjudiquen el crédito o los intereses del Estado;
- c) de falsificación de moneda, títulos valores o valores negociables o billetes de banco cuya emisión esté autorizada por la ley;
- d) realizados en el ejercicio de sus funciones por autoridades, funcionarios o empleados públicos nicaragüenses residentes en el extranjero o acreditados en sedes diplomáticas y los delitos contra los administración pública nicaragüense y contra sus funcionarios;
- e) realizados en las sedes diplomáticas de Nicaragua en el extranjero.

C) Por el **principio de universalidad o de justicia mundial** (art. 16 PCP), que autoriza a extender la aplicación de la ley penal nicaragüense a hechos cometidos por nicaragüenses o extranjeros fuera del territorio nacional, que atenten contra intereses relevantes para la comunidad internacional.

*Como ocurre con los delitos de terrorismo, tráfico ilegal de drogas, piratería, esclavitud y comercio de esclavos, tráfico de órganos humanos, etc.*

D) Hay un cuarto principio, el de **justicia supletoria**, reconocido sólo en algunos ordenamientos, como el alemán, por cuya virtud se puede aplicar éste a hechos cometidos en cualquier lugar cuando otro Estado no puede perseguirlos o pudiendo no está interesado en hacerlo.

### **3. DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

Se utiliza esta expresión para designar y englobar la ultraterritorialidad de la ley penal (ya estudiada), la extradición y el asilo.

En cambio, se habla de Derecho internacional penal para designar un deseado Derecho penal administrado por tribunales internacionales con la finalidad de tutelar bienes de la comunidad internacional. En esta dirección apunta el tratado suscrito en Roma en 1998 por 139 países, pero hasta la fecha no suscrito por todos, para la creación de un Tribunal penal internacional, con competencia para investigar y juzgar a individuos, no a Estados, acusados de haber cometido violaciones graves del Derecho internacional humanitario; en concreto, la Corte tiene competencia sobre los siguientes crímenes: 1) los crímenes de genocidio; 2) los crímenes de lesa humanidad; 3) los crímenes de guerra -también los cometidos en guerras internas-; y 4) los crímenes de agresión; estando incluidos los delitos de carácter sexual, como la violación, la esclavitud sexual o la prostitución forzada, o como la segregación racial, todos ellos minuciosamente detallados en los arts. 5 y siguientes del Estatuto.

*Sin embargo, la Corte no tiene jurisdicción sobre crímenes de terrorismo, aunque las consecuencias de un acto de dicha índole pueden ser considerados crímenes de lesa humanidad.*

*La Corte penal internacional no podrá enjuiciar hechos acontecidos antes de la entrada en vigor del Estatuto, que tuvo lugar en julio de 2003. Y las penas máximas que podrá imponer son la de prisión de hasta treinta años, o de por vida si lo justifica la gravedad del hecho.*

### 3.1. Extradición

*Es la entrega de una persona por el Estado, en cuyo territorio se ha refugiado, al Estado que la reclama para juzgarla o hacerle cumplir la condena ya impuesta por sus tribunales.*

Por ello, se habla de

- **extradición activa**, cuando un Estado solicita a otro la entrega de una persona;
- **extradición pasiva**, cuando el Estado solicitado entrega al solicitante la persona reclamada.

Y se habla también de

- **reextradición**: cuando un Estado que ha obtenido de otro la entrega de un individuo, lo pone a disposición de un tercer Estado con mejor derecho para juzgarle o hacerle cumplir la

- pena impuesta en un juicio celebrado con anterioridad; y de
- **extradición de tránsito:** cuando un Estado permite el paso por su territorio de una persona extraditada por un segundo Estado a un tercero.

Por otra parte, según qué órgano tenga la competencia para concederla se distingue entre

- **extradición judicial**, si corresponde a los tribunales de justicia;
- **gubernativa**, si corresponde al poder ejecutivo; y
- **mixta**, si intervienen gobierno y tribunales.

### *C) Principios*

Desde el siglo XIX, una serie de principios ha venido inspirando las legislaciones internas, y los tratados internacionales en materia de extradición, de entre los cuales hay uno que, esté expresamente reconocido o no en las diferentes legislaciones, tiene

Los demás principios pueden resumirse así:

- *principio de no entrega del nacional:* el Estado de Nicaragua por ningún motivo podrá entregar a los nicaragüenses a un Estado extranjero, ni a la persona que al tiempo de la comisión del hecho punible tuviese nacionalidad nicaragüense (en ambos casos, si se solicita la extradición, el Estado de Nicaragua deberá juzgarlos por el delito común cometido, con arreglo al art. 19 PCP);
- el *principio de legalidad*, en virtud del cual sólo cabe conceder la extradición por los delitos expresamente incluidos en la ley -o no concederse por los expresamente excluidos- (art. 18.a) PCP);
- el *principio de especialidad* supone que el extraditado únicamente puede ser juzgado y condenado por los delitos en que se basó la solicitud de extradición;

- el *principio de la doble incriminación* impone que los hechos por los que se pide la extradición han de constituir delito según las legislaciones de los dos Estados, del solicitante y del solicitado (art. 18.a) PCP);
- los *principios de denegación de la extradición por delitos leves y no perseguibles de oficio* (en el art. 18.e) se requiere que el delito perseguido esté sancionado por la ley nicaragüense con una pena un año de privación de libertad);
- el *principio de denegar la extradición por delitos políticos y militares* (art. 18.d) PCP);
- los *principios de conmutación* (de la pena de muerte, si está prevista en la legislación del Estado requirente) y *de no sometimiento del extraditado a penas inhumanas* (en el art. 18.f) PCP se exige que el estado reclamante garantice que la persona reclamada no será ejecutada ni sometida a penas que atenten contra su integridad corporal ni a tratos inhumanos o degradantes);
- el *principio de no entrega del asilado refugiado político* (art. 18.g) PCP);
- el *principio de sometimiento a la jurisdicción ordinaria* -y no a juzgados o tribunales de excepción- (art. 18.f);
- el *principio “non bis in idem”*, por el que no se concede la extradición por delitos ya juzgados o que se estén juzgando en Nicaragua (art. 4.5° LEP). Y, por último, se establece en el CPC que el reclamado no esté siendo juzgado o haya sido condenado por delitos cometidos en Nicaragua, con anterioridad a la solicitud de extradición; y que el delito haya sido cometido en el territorio del Estado reclamante y producido sus efectos en él (art. 18.i).

*No debe confundirse la extradición con la expulsión de extranjeros.*

### **3.2. Asilo**

Es necesario diferenciar el asilo político o territorial del asilo diplomático.



A) El **asilo político** es la protección graciable otorgada por el Estado a extranjeros y refugiados en Nicaragua, que se encuentren en determinadas circunstancias, y consiste en no entregarlos al Estado que los persigue.

B) El **asilo diplomático** consiste en acoger a una persona en un edificio destinado a oficina o habitación de la representación diplomática de una nación, por razones análogas a las que propician el asilo político.

## **4. LIMITES PERSONALES**

Todos los ciudadanos somos iguales ante la ley y, por ende, estamos sometidos por igual a las leyes penales. No obstante, ciertas personas, por razón del cargo que ocupan o de la función que desempeñan, reciben un trato diferente, concretado en las llamadas inviolabilidades e inmunidades.

### **4.1. Inviolabilidades**

*Es inviolable la persona a la que no se le puede exigir responsabilidad criminal (por todos o por algunos delitos).*

La inviolabilidad está prevista en los ordenamientos de casi todos los países para los miembros de sus respectivos poderes legislativos, por las manifestadas en el ejercicio de sus funciones, sin que se les pueda exigir responsabilidad por ellas tras cesar en sus cargos.

*La inviolabilidad de los parlamentarios en sus orígenes (el “Bill of Rights” británico, en especial) se estableció para protegerlos de previsibles intentos de los monarcas por acallarlos. En la actualidad, la inviolabilidad tiene un objetivo claro: proteger la función legislativa, eliminar interferencias de los otros poderes en las tareas de los miembros de las cámaras y permitir que éstos puedan expresarse con absoluta libertad).*

Una característica importante de la inviolabilidad es impedir que pueda exigirse responsabilidad penal al que ha disfrutado de ella, tras cesar en su cargo. Otra, que al otorgarse por razón de la función, se confiere sólo a quien la ejerce, por lo que se la considera una causa personal de exclusión de la pena, que no alcanza a los eventuales cómplices de la persona que goza de la misma.

## 4.2. Inmunidades

La inmunidad de los parlamentarios consiste en que

*durante su mandato, los miembros de las Cámaras legislativas sólo pueden ser detenidos en caso de delito flagrante y no pueden ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.*

También la inmunidad se establece para proteger la actividad parlamentaria, evitando que el proceso penal se instrumentalice con el fin de apartar a los parlamentarios de partidos opuestos del ejercicio de sus funciones. Ahora bien, si se concibe con excesiva amplitud *pueden* producirse consecuencias indeseables (como impedir que un parlamentario sea procesado por un delito grave, por completo ajeno a su actuación como senador o diputado; que se empleen raseros diferentes con los miembros del partido mayoritario y con los de los partidos minoritarios).

*Para salvarlas, el TC ha subrayado que la inmunidad tiene por objeto tutelar el funcionamiento de las Cámaras frente al posible uso del proceso penal en su contra y no para la protección de los parlamentarios. Y en consecuencia, ha añadido que las Cámaras deben conceder la autorización para proceder contra uno de sus miembros, salvo que se aprecie en la acusación un intento de alterar el funcionamiento o la composición de aquéllas (SSTC 90/1985 y 28.11.1992).*

*Distintos de las inmunidades son los **fueros especiales**, en virtud de los cuales la eventual responsabilidad criminal de quienes ocupan determinados cargos puede exigirse ante las instancias más altas de la jurisdicción.*

Más próximas a las inviolabilidades están las **exenciones** integradas por las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, merced a las cuales no puede exigirse responsabilidad criminal a los Jefes de Estado extranjeros, ni a los funcionarios diplomáticos extranjeros ni a sus familias.

## 5. RECAPITULACIÓN

- *La ley penal rige entre dos momentos. Recuerde cuáles son y el concepto de ambos.*
- *En qué consiste la “vacatio legis”.*
- *Durante el periodo de “vacatio” la ley no puede ser aplicada, pero una vez transcurrido dicho plazo ¿puede aplicarse la ley si favorece a quien delinquiró antes de su aprobación?*
- *¿En qué consisten la retroactividad y la irretroactividad?*
- *¿Qué situaciones pueden darse?*

- *¿Hasta dónde alcanza la retroactividad de la ley penal más favorable?*
- *¿Cuándo se entiende cometido un delito?*
- *¿Qué espacios integran el territorio nacional?*
- *¿Dónde se considera cometido un delito?*
- *¿En qué consiste el principio personal?*
- *¿Y el real?*
- *¿Y el de justicia mundial?*
- *Recuerde el concepto y las clases de extradición.*
- *¿Cómo se regulan la extradición activa y la pasiva?*
- *¿Qué principios informan la extradición?*
- *¿En qué consiste el asilo?*
- *Recuerde los conceptos de inviolabilidad e inmunidad y sus respectivos alcances.*
- *¿Quiénes gozan de inmunidad y quiénes de inviolabilidad?*
- *¿Quiénes gozan de fuero especial y quiénes de una exención?*

## TEMA V. LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

*Sumario: 1. La interpretación de la ley penal. 2. Concurso aparente de leyes penales. 3. Recapitulación.*

### 1. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Hemos visto que la ley es “*stricto sensu*” la única fuente directa del Derecho penal, sólo ella aloja normas penales. Por ello, nos ha parecido oportuno detenernos a esbozar cómo se interpretan las leyes penales y a dejar constancia de cuáles son los criterios rectores en la materia.

Las normas penales están alojadas en leyes formuladas de forma muy genérica - “quien prive de la vida a otro” (art. 138 CPC), “quien cause a otro una lesión en su integridad física o psíquica (art. 151.1)-, pensadas no para uno sino para una generalidad de casos: *para todos los que encajen en los hechos valorados en la norma* (como la norma del art. 138 está pensada para todos aquellos en los que una persona da muerte a otra). Y para que las normas penales puedan ser aplicadas a casos concretos resulta imprescindible interpretar los textos legales que las contienen; esto es: descubrir el sentido objetivo de los mismos y su alcance. Sin hacerlo, mal se podrá saber si un suceso determinado es punible o no, si tiene cabida o no en un específico art. del PCP. Y esta tarea interpretativa es necesaria siempre, aun cuando se trate de preceptos sumamente claros.

*Un precepto claro es el que castiga a quien mata a otro. Sin embargo, como ya vimos, pese a su claridad, da pie al planteamiento de muchas preguntas que no pueden ser respondidas sin una previa interpretación del art. 138, y sin conectarlo con otros preceptos del PCP, preguntas como las siguientes: ¿desde cuándo existe un otro y hasta cuándo se puede matar a otro? Y si se mata en legítima defensa ¿qué ocurre? ¿Se castiga al que no mata pero ayuda a que otro mate? ¿Se castiga al que intenta matar a otro y no lo consigue? ¿Se puede matar a otro sin realizar acción alguna, por pura omisión?, etc. Todo ello sin contar con la necesidad de acudir a otras ramas del saber, como la Medicina, la Policía científica, etc., para comprender determinados fenómenos o realidades.*

Hay muchas clases de interpretación, que cabe esquematizar como se expone a continuación en atención al autor, a los medios empleados y a los efectos que produce:

#### 1.1. Por su origen

*Según quien efectúa la interpretación, ésta puede ser:*

- **auténtica**, si la hace el legislador en otra o en la misma ley (como en los arts. 38 y 39 PCP); y es vinculante;
- **doctrinal**, cuando la realiza la doctrina, los estudiosos del Derecho; no es vinculante pero sí orientativa;
- **jurisprudencial**, si la realizan jueces y tribunales -el TS, sobre todo-; no es vinculante ni para ellos mismos que pueden cambiar de criterio. (Conviene recordar aquí lo dicho a propósito del principio de igualdad).

*Es de observar que también la auténtica necesita ser interpretada, porque casi nunca resulta tan definida y concluyente como para no precisar matizaciones sobre su alcance y significado. Así, por ejemplo, no faltan dudas a la hora de decidir si determinadas actividades implican la participación en el ejercicio de funciones públicas y, consiguientemente, si quien las realiza debe ser considerado funcionario público, pese a la definición de éste proporcionada por el legislador, a efectos penales, en el art. 38 PCP.*

*El juez, en su interpretación de las leyes que ha de aplicar, no puede ir más allá del tenor literal posible del texto que las declara, y si lo hace rebasa sus funciones e invade las del poder legislativo, contradiciendo las exigencias dimanantes del principio de legalidad. Claro que si el legislador no se esmera al elaborar las leyes y no precisa al máximo los hechos prohibidos, si produce en definitiva leyes indeterminadas, será él quien opere a espaldas de dicho principio, y propicie que también lo haga su aplicador. En estos casos, cuando ha de aplicarse una ley indeterminada, jueces y tribunales han de proceder de la forma más rigurosa y uniforme posible.*

## **1.2. Por los medios empleados**

En atención a éstos la interpretación puede ser

- **gramatical**: cuando está dirigida a la averiguación del significado de las palabras, del conjunto de palabras usadas por el legislador para expresar una norma;
- **histórica**: cuando trata de explicar el sentido de las normas, prestando atención al momento histórico en el que se elaboraron, a cómo fue su proceso de gestación, a cuáles fueron sus antecedentes,...
- **sistemática**: con la cual se persigue interpretar las leyes sin olvidar que forman parte de un todo, pretendidamente armónico (del PCP,

por ejemplo), y por tanto, que deben interpretarse de tal forma que no surjan contradicciones entre los sentidos asignados a normas pertenecientes a un mismo cuerpo legal o a una misma parte de éste;

- **lógica**, cuando se emplean argumentos y reglas de la Lógica para interpretar las leyes;

- **teleológica**, orientada a la determinación de la finalidad perseguida por la norma interpretada, muy en particular, a precisar el bien jurídico protegido en la misma y su “*ratio legis*”.

### 1.3. Por sus efectos

Se distingue entre interpretación

- **declarativa**: aquella que asigna al precepto interpretado el *mismo* alcance que se deriva del significado usual de los términos en que está formulado;

- **restrictiva**: si *reduce* dicho alcance, considerando que el precepto debe aplicarse a menos casos de los que podrían ser regulados por aquél, de acuerdo con el significado posible de las palabras empleadas en su redacción;

- **extensiva**: si hace una lectura *más laxa* del precepto, haciéndolo aplicable a un mayor número de supuestos, sin rebasar el tenor literal posible del texto.

A modo de resumen, puede señalarse la escasa trascendencia de la interpretación histórica, la limitada de la sistemática, y la importancia, en Derecho penal, de la gramatical y de la teleológica. Con todo, no está de más subrayar algo obvio: la interpretación de un precepto requiere comenzar por el análisis de la significación de los términos utilizados por el legislador, sin que las aportaciones que, a veces, ofrecen las interpretaciones sistemática e histórica sean por completo desdeñables. Por otra parte,

dada la naturaleza de las leyes penales y de sus efectos, la interpretación restrictiva resulta mejor acogida que la extensiva, que también es admitida, con cautelas, siempre que no confiera al precepto interpretado una extensión superior a la que es posible llegar respetando el significado de las palabras y frases que lo exponen. Si se va más allá, si se atribuye a las expresiones de un precepto un sentido distinto al que es posible asignarle respetando su significación, se ha sobrepasado la interpretación y se está haciendo otra cosa.

#### 1.4. Principios rectores

La interpretación de las leyes en general ha de hacerse con sujeción a los siguientes principios, sistematizados por S. Soler:

- El **principio jerárquico** indica que han de interpretarse las disposiciones legales de forma que no entren en contradicción con otras de rango superior; principio que en Derecho penal, a causa del de legalidad y la reserva de ley que lleva aparejada, circunscribe su eficacia a las relaciones entre las normas penales -que siempre tienen la categoría de leyes- y la Constitución Política, pudiendo formularse así:

*las leyes penales han de interpretarse de acuerdo con la Constitución, de forma concorde con el espíritu de ésta, con los valores que encierra, con los principios que contiene.*

- El **principio de vigencia** enseña que es preferible aquella interpretación que facilita la aplicación de un precepto vigente, que no aquella que conduce a la inaplicación del mismo, de modo pues que

*las leyes penales vigentes han de ser interpretadas de forma que su aplicación sea posible, siempre que no sean contrarias a la Constitución.*

- El **principio de unidad sistemática** impone que la interpretación de las leyes se haga teniendo en cuenta que forman parte de un conjunto -de varios conjuntos, mejor: del ordenamiento jurídico, del cuerpo legal al que pertenecen, del título o capítulo en que están enclavados-, y que, en consecuencia

*han de interpretarse sin olvidar que hay muchas otras leyes, cuya vigencia ha de ser respetada, de manera, por tanto, que su aplicación no entre en contradicción con las de las restantes leyes, sino que armonice la de unas y la de otras.*

*Una de las contradicciones mayores que ha de evitarse es la que se produciría si se estimase antijurídico, desde el punto de vista del Derecho penal, un hecho que estuviere autorizado en otra rama del ordenamiento jurídico, pues la antijuridicidad no es sectorial, como sí lo es la tipicidad.*

Sin embargo, en ocasiones debe hacerse una interpretación que conduzca a la inaplicabilidad de una ley cuando sea manifiestamente contraria a la Constitución Política. Claro que, entonces, la prevalencia de la Constitución vendría motivada por su superior rango.

- El **principio dinámico** responde a una realidad paladina: que las leyes entran en vigor en un momento determinado y se aplican, a menudo, durante muchos años, cuando la realidad social es distinta -a veces muy distinta- a la existente cuando la ley vió la luz y por ello

*han de ser interpretadas teniendo en cuenta los cambios sociales habidos; por tanto, de manera distinta a cómo se interpretaban originariamente, a fin de hacer efectiva la vigencia de unas leyes que, de otro modo, devendrían inaplicables.*

*Naturalmente, el principio dinámico no puede servir de pretexto para desbordar las exigencias del principio de legalidad, y conducir al castigo de hechos no penados de manera inequívoca; pero sí para hacer una lectura más acompasada al discurrir del tiempo.*

## **2. El llamado concurso aparente de leyes penales**

Para finalizar el estudio de la interpretación de las leyes penales vamos a referirnos al llamado concurso aparente de leyes penales, claramente vinculado con aquella, como de inmediato se verá.

### *A) Concepto*



*Se habla de concurso de leyes penales para designar la situación que se crea cuando de un mismo supuesto de hecho, constitutivo de una sola infracción, se ocupan dos (o más) preceptos, y, aparentemente, ambos le son aplicables, aunque sólo uno lo es.*

Como puede comprenderse, esta clase de concurso no guarda relación con los conflictos entre disposiciones de rango diferente que se ocupan de una misma materia o entre normas del mismo rango que se suceden en el tiempo. La primera clase de conflictos ha de resolverse en virtud del principio jerárquico (la disposición de rango superior prevalece sobre la de rango inferior); la segunda, de acuerdo con la regla “la ley posterior deroga a la anterior”.

El conflicto del que nos ocupamos aquí es de índole valorativa y se produce cuando en varias leyes -del mismo rango y ambas coetáneas en la vigencia-, con unos u otros matices, se contiene un juicio negativo sobre un mismo hecho; de suerte que cuando alguien ejecuta una conducta y ocasiona un resultado que, en principio, realizan el referido hecho, parece que todas aquellas leyes pueden serle aplicadas; parece porque corresponde aplicar solamente una, pues con una queda saldado el completo desvalor del mismo.

Se trata, como es fácil de advertir, de un problema vinculado al principio “ne bis in idem” -que ha de ser demarcado frente al concurso de infracciones-, y a la interpretación de las leyes penales, pues imprescindible es haber alcanzado el sentido de las leyes en concurso, para que sea viable la apreciación de si un hecho está contemplado o no en ellas y la decisión sobre en cuál lo está de manera más acabada y completa.

*En la lección dedicada a los principios constitucionales del Derecho penal estudiamos el principio “ne bis in idem”, con arreglo al cual una misma y única infracción no puede ser castigada más de una vez; principio que se vería conculcado si un mismo hecho fuera sancionado por partida doble.*

Consiguientemente, en virtud del reiterado principio

*cuando un hecho infrinja una sola norma, únicamente podrá serle aplicada esa norma y la sanción que comporte.*

*Dicho esto, se imponen dos aclaraciones. La primera atañe al significado de la palabra hecho; la segunda, a explicar mediante algún ejemplo el problema central y su tenor valorativo. Cuando usamos la*

voz hecho -contenida en los arts. 11 y 84 PCP, a los que aludiremos más adelante- lo hacemos para referirnos conjuntamente a la acción y al resultado descritos en una norma penal (así, el hecho de matar comprende la acción -o la omisión- dirigida a causar la muerte de otro y el propio resultado muerte).

En cuanto a la cuestión central, el concurso de leyes, puede apreciarse mejor a partir de algunos ejemplos: si A, deseando matar a B, efectúa un disparo con un revólver contra él y le causa la muerte, habrá realizado una acción idónea para producir el resultado muerte de B (con lo que tendremos la acción y el resultado); y como en el PCP (en la ley penal) se castiga a quien mata a otro, A habrá infringido alguna norma prevista en la ley penal (alguna norma que considera “desvaliosa” la acción de matar a otro y por ello la castiga), lesionando el bien jurídico protegido en aquélla: la vida humana. Ahora bien ¿qué norma es la infringida?; porque en el art. 138 del CP se castiga a quien mata a otro, como reo de homicidio, con pena de diez a quince años de prisión; en el 140, con prisión de quince a veinte años, al reo de asesinato; en el 142.2, con prisión de dos a cuatro años al que coopera en el suicidio de otra persona; y en el 142.2, con la pena de tres a seis años de prisión al causante de la muerte de otro, que así se lo haya solicitado por padecer una enfermedad incurable o un padecimiento insoportable (y descartamos el 141, en el que también se castiga, con prisión de uno a cuatro años, al que causa la muerte de otro por imprudencia, porque en el ejemplo propuesto se parte de que se ha querido ocasionar la muerte de B). En todos los preceptos referenciados se reputa execrable, desvalorizado el hecho de privar a otra persona de su vida, incluso cuando ésta lo solicita.

Así las cosas, tendremos un hecho -la acción de A seguida de la muerte de B-, contemplado, en principio, en varias normas, que, obviamente, no pueden ser aplicadas a la par; pues habiéndose producido la muerte de una sola persona, solamente una vez se habrá infringido el bien jurídico protegido en todas ellas. Si A fuera castigado con las penas previstas para el homicidio y el asesinato, de forma inequívoca se estaría incurriendo en un “bis in idem” prohibido. Y otro tanto puede decirse de los supuestos de hecho que giran en torno a la sustracción de una cosa mueble ajena, en tanto pueden calificarse como hurto (art. 218) o robo (arts. 222 y ss), incluso como apropiación indebida o estafa (arts. 236 y 227). En los arts. antedichos se reprueban ataques contra el patrimonio de las personas, pero, como es obvio, no pueden aplicarse conjuntamente cada vez que alguien se apropia de un bien ajeno, responsabilizándole al tiempo como autor de un hurto, de un robo, de una estafa, etc., si no es infringiendo el principio “ne bis in idem”; porque el desvalor que entraña el hecho de quedarse con una cosa ajena queda plenamente abarcado por cada uno de aquellos preceptos por separado, dado que ha habido una única infracción, una única lesión del bien jurídico.

Pues bien, en los dos ejemplos traídos a colación, estamos ante sendos concurso de leyes penales, dado que en varias normas se contempla el mismo hecho (el de matar o el de apropiarse de un bien mueble ajeno, respectivamente); sin embargo, no todas le son aplicables, sino solamente una de ellas, pues una sola abarca todo el desvalor de los respectivos hechos. La cuestión es ¿cuál?

Para resolver los concursos de leyes, los concursos aparentes de leyes, existen unas reglas -en realidad una regla, la de la especialidad, con varias derivaciones-, recogidas en el art. 11 PCP. Pero, antes de pasar al estudio de tales reglas o principios, procedemos a condensar lo hasta aquí expuesto, en esta proposición

*el concurso que analizamos presupone la realización de un sólo hecho (excepcionalmente, de varios), cuyo total desvalor resulta contemplado en un solo precepto; de modo que por más que, en apariencia, varios puedan serle aplicables, únicamente uno debe ser tomado en consideración, pues la aplicación de sus consecuencias da respuesta plena a la lesión inferida al bien jurídico por el precitado hecho.*

*En el concurso de delitos, por el contrario, el desvalor del hecho (o de los hechos) no se agota con la aplicación de una ley, siendo precisa la de más de una para que el referido desvalor resulte plenamente abarcado.*

## B) Reglas

Si el concurso se plantea cuando dos o más leyes parecen aplicables a un supuesto de hecho, pero sólo una lo es, porque su aplicación abarca el desvalor íntegro de aquél (de tal forma que si se aplicara otra se vulneraría el principio “ne bis in idem”), se hace imprescindible establecer los criterios que permiten elegir de entre todas cuál es la aplicable; criterios que han sido recogidos, con mayor o menor fortuna, por el legislador en el art.11 CP.

### a) Principio de especialidad

Este principio opera cuando dos leyes describen y valoran un mismo hecho, pero una, la general, lo hace en términos más genéricos que la otra, la especial, en la cual se encuentran los elementos de la primera más otros que agregan algún nuevo rasgo al hecho castigado en la segunda. Conforme a este principio

*la ley especial prevalece sobre la general. Esto es: la ley que contempla más detalladamente, que recoge de forma más acabada, más específica y precisa el supuesto de hecho, ha de aplicarse con preferencia a la que lo contempla de forma más genérica.*

*Está expresado así en el número 1 del art. 11 “La norma especial prevalece sobre la general”.*

*Presupone, pues, la existencia de dos leyes pensadas para una misma clase de hechos, con la particularidad de que en una de ellas (en la ley A) se puntualizan más extremos, se añaden aspectos no tenidos en cuenta en la otra (en la ley B), por lo cual es mayor el número de supuestos de hecho subsumibles en la segunda (en la ley B) que en la primera (en la ley A). Valgan como ejemplos de lo dicho las relaciones entre los arts. 138-140 y 218-222 y 218-223. En el art. 138 se comprende el hecho de matar a otro, sin más, y en el 140, el de matar a otro, con alevosía, por precio, recompensa o promesa, con ensañamiento o con premeditación; en el art. 218 se describe el hurto como apoderamiento de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro, y en los 222 y 223, el robo como apoderamiento de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro y con violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Como puede apreciarse fácilmente, en los arts. 138 y 218 se describen unos hechos coincidentes en lo esencial con los de sus correlativos arts. 140 y 218 y 222, lesivos unos y otros para idénticos bienes jurídicos. Las diferencias estriban, como también se aprecia fácilmente, en que en los tres últimos arts. citados aparecen unos elementos desconocidos en los tres primeros, que concretan más el hecho punible, toda vez que para cometer asesinato se exige no sólo matar a otro, sino matarlo con alevosía, etc. Diferencias a partir de las cuales, puede afirmarse, los hechos castigados en los arts. 139, 222 y 223, lo están también en los arts. 138 y 218, pero no a la inversa. En resumen, los preceptos contenidos en los arts. 140, 222 y 223 pueden ser considerados leyes especiales en relación con los de los arts. 138, 222 y 223, que, en este contexto, tienen la consideración de leyes generales; aquellos especifican más, son más minuciosos en la formulación de sus respectivos hechos, que éstos.*

*En consecuencia, para el supuesto de hecho “A mata a B con alevosía” es aplicable el art. 140, la ley que mejor se adapta a semejante hecho y refleja el desvalor del mismo (de aquella conducta y de aquel resultado); esto es: la ley especial respecto de la del art. 138, en la que también se contempla el referido hecho, pero de manera más general.*

## b) Principio de subsidiariedad

La utilidad de este principio se hace palpable cuando un mismo supuesto de hecho parece subsumible en dos leyes, entre las cuales media una clase de relación, de subordinación valorativa, podríamos decir, en tanto que

*una de ellas, a la que llamaremos subsidiaria, únicamente es aplicable cuando la otra, a la que llamaremos principal, no lo es.*

Así pues, conforme a la regla de subsidiariedad,

*la ley principal prima sobre la subsidiaria, que tan sólo es aplicable cuando no lo sea aquélla.*

*Está expresada en el art. 11.b): “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, tanto cuando se declare expresamente dicha subsidiariedad, como cuando sea ésta tácitamente deducible”.*

## c) Principio de consunción

Este principio lleva a las últimas consecuencias los requerimientos del “ne bis in idem”, que están en la base del concurso de normas, pues si éste se asienta sobre la idea de vetar la duplicidad de sanciones para un mismo hecho, el de consunción lleva a proscribirla, incluso habiendo más de un hecho, cuando la integridad del comportamiento de un sujeto es susceptible de una única valoración, abarcadora de la total desaprobación que aquél merece. Y puede enunciarse así

*la norma que abarca todo el desvalor atribuido por el ordenamiento jurídico a un hecho, desplaza a la que sólo aloja una parte de dicho desvalor.*

Se resuelven conforme a esta regla problemas muy variados, tales como los que surgen en el ámbito del *iter criminis*, cuando un mismo sujeto pasa de una fase ejecutiva

a otra, o en las relaciones entre delitos simples y compuestos, o entre delitos de peligro y de lesión, así como los relativos a los actos copenados.

*Cuando A y B se conciertan para promover la corrupción de un menor de trece años con ánimo de lucro y resuelven llevarla a cabo, ponen en ejecución su propósito y lo consuman, no responden por la conspiración castigada en el art. 181.1, por una tentativa de corrupción, al haber dado principio a la ejecución, y por la corrupción consumada del delito penado en el art. 176, por cuanto el castigo de este último abarca todo el desvalor de las conductas de A y B. El que, con intención de matar a una persona, efectúa contra ella varios disparos, uno de los cuales le quita la vida mientras otro le causa una herida en el brazo, no va a ser condenado como autor de dos delitos, de un homicidio consumado y de un homicidio intentado en concurso con unas lesiones, sino solamente de un homicidio, cuyo castigo embebe la tentativa y las lesiones. Igualmente, el principio de consunción solventa la sucesión o la confluencia de un delito de peligro y un delito de lesión, promoviendo la represión de este último y el relegación del primero: el que conduce un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pone en peligro la vida de otro usuario de la vía pública, al que acaba por arrollar y causar la muerte, es responsable de un homicidio por imprudencia temeraria (art. 141.1), no de este delito y otro del art. 328, puesto que la efectiva lesión del bien, cuya puesta en peligro también se sanciona, agota el desvalor de la conducta realizada (implicaría un “bis in idem” castigar por la creación del peligro y por la lesión del mismo bien); salvo, claro está, que se hayan puesto en peligro las vidas o la integridad de otras personas, de otros usuarios de la vía pública en el ejemplo anterior, en cuyo caso sí estaríamos ante un concurso de delitos, no de leyes, toda vez que, por una parte, se habría lesionado efectivamente un bien jurídico -la vida del ocupante de otro vehículo o de un peatón- y, por otra, se habrían puesto en peligro las vidas de los ocupantes de otros vehículos o de otros peatones ).*

*En el delito de violación, las secuelas de la violencia empleada, cuando no tengan entidad suficiente para integrar un delito o una falta de lesiones, quedan absorbidas en el castigo de la referida infracción, como quedan en el robo con fuerza en las cosas los daños causados para acceder al lugar en el que aquellas se encuentran. Son actos copenados -penados con el castigo impuesto por la violación o por el robo con fuerza en las cosas-, al igual que lo es la omisión de auxilio subsiguiente a un homicidio doloso, que no se castiga separadamente, sino que resulta copenada con el delito del art. 138. Otro tanto cabe decir de quien primero falsifica moneda y a continuación la expende, pues no incurre en sendos delitos, por la falsificación y por la expendición, sino en un delito del art. 294.1.a).*

*En fin, el principio de consunción también decreta la absorción de ciertas circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal (art. 36) por los preceptos que castigan un hecho al que es inherente una de las mencionadas, como sucede en el art. 140, de cuyo hecho típico forman parte las circunstancias de alevosía, precio, etc., (hipótesis a la que se refiere el art. 79).*

El principio comentado está recogido en el art. 11.c) (“El precepto complejo o el precepto cuya infracción implique normalmente la de otra sanción menos grave, absorberá a los que castiguen las infracciones subsumidas en aquél.

#### d) Principio de subsidiariedad impropia o de alternatividad

Así llamado, con más o menos fortuna, funciona como regla de recogida; es decir, cuando ninguno de los otros tres es aplicable, y cabe enunciarlo así

*en defecto de los otros tres principios, la concurrencia de dos o más normas ha de zanjarse dando la primacía a la que lleva aparejada una pena mayor.*

*“Cuando no sea posible la aplicación de alguna de las tres reglas anteriores, el precepto penal que sancione más gravemente excluirá a los que castiguen con menos pena, reza el art. 11.d)). Naturalmente, las tres reglas anteriores no podrán ser aplicados cuando surja un conflicto entre normas que no tengan entre ellas ni una relación de género a especie, solucionable con la aplicación de la más específica, ni de subsidiariedad, ni el desvalor de una absorba el de la otra; y entonces se opta por apreciar la que encierra mayor gravedad, en la convicción de que así se acata la valoración del hecho realizada por el legislador.*

Esto implica una suerte de subsidiariedad del precepto menos grave, pues su aplicación viene condicionada por la inaplicación del que lo es más.

Como es fácilmente colegible, el principio primordial en materia de concurso no es, contra lo que “prima facie” pudiera pensarse, el que impone la aplicación del precepto más severo, sino justo al revés, este principio se relega al puesto más retrasado: su virtualidad está reservada para cuando los demás no la tengan. De modo, pues, que es perfectamente posible que, por el juego de las reglas del art. 8, se prefiera la norma que implica la imposición de una pena más benévola.

### **3. RECAPITULACIÓN.**

- *¿Qué se persigue con la interpretación de las leyes penales?*
- *Recuerde las clases de interpretación.*
- *¿Hasta dónde puede llegar la interpretación extensiva?*
- *¿En qué se diferencia la interpretación extensiva de la analógica?*
  - *Recuerde algún supuesto de interpretación analógica previsto en el PCP.*
  - *¿Cuál es la característica más acusada del principio de especialidad?*
  - *¿Cuándo resulta aplicable una ley subsidiaria?*
- *Piense en algún supuesto al que sea aplicable el principio de consunción.*
  - *¿Recuerda qué es un acto copenado?*
  - *¿Cuándo debe prevalecer el criterio que comporta la aplicación del precepto que lleva aparejada la pena más severa?*

## TEMA VI: EL CONCEPTO DE DELITO

*SUMARIO: 1. Definición de delito. 2. Clasificación de los delitos. 3. Elementos del delito: estructura y contenido. 4. Recapitulación.*

### 1. DEFINICIÓN DE DELITO.

Tradicionalmente se distinguen dos clases de definición del delito. La primera es aquélla que lleva a cabo directamente la propia ley penal, de modo que en todo tiempo y lugar, las diferentes leyes penales contienen *definiciones legales* de delito, (por ejemplo, el art. 21 PCP 2003). Junto a ellas, existen las llamadas *definiciones doctrinales* de delito, que los diferentes autores o escuelas científicas elaboran según diferentes perspectivas. Así, por ejemplo, unos definen el delito desde planteamientos religiosos, éticos, sociológicos o políticos (*definiciones sustantivas o materiales*); mientras que otros, partiendo del derecho positivo, tratan de reflejar mediante términos técnicos, el concepto de delito vigente en una legislación determinada (*definiciones formales*). Desde luego no faltan tampoco en la evolución histórica del Derecho penal, *definiciones mixtas*, que combinan criterios materiales y criterios formales.

Sin embargo, desde hace ya varios años, se han impuesto las definiciones *técnico-jurídicas* y estrictamente formales de delito. De modo que las diferentes escuelas científicas han renunciado al vano intento de ofrecer definiciones sustantivas o materiales, que pretendían ser válidas para todo tiempo y para toda sociedad. Por consiguiente, las definiciones de delito parten de los respectivos Ordenamientos jurídicos vigentes en cada momento histórico. Ahora bien, la similitud cultural, política, social y económica existente, entre la mayoría de los países occidentales, y en especial entre latinoamericanos y europeos continentales, conduce a una identidad tanto de las definiciones legales como de sus respectivas definiciones doctrinales. De ahí que en la actualidad pueda apreciarse una identidad casi absoluta en el marco de la cultura occidental, puesto que también son muy similares sus Leyes Fundamentales y en general sus legislaciones, también lo son sus respectivos sistemas de Derecho penal.

En Nicaragua, la definición legal de delito se encuentra en el artículo 21 del PCP, que dice: “*Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas por la Ley*”.

Por su parte, las diferentes definiciones doctrinales suelen coincidir en la siguiente fórmula: delito es *todo hecho humano típico, antijurídico, culpable y punible*. Esta definición, como ya se ha advertido, toma como referencia el Derecho penal positivo.

A continuación compararemos ambas definiciones, para comprobar sus coincidencias y sus diferencias. Pero primero ha de advertirse que el término *delito* se emplea hasta ahora en su sentido amplio o genérico, que es equivalente a *infracción penal*, puesto que como luego veremos, en su sentido estricto, el término *delito* se refiere exclusivamente a las infracciones penales graves. Por tanto, cuando hablamos de *delito* en sentido amplio queremos decir *infracción (penal)*, es decir, contravención, trasgresión, violación, quebrantamiento o incumplimiento del Derecho. Pero no de cualquier clase de infracción, sino sólo de aquéllas que la Ley Penal determina como tales. Pues obviamente, también existen *infracciones* de otra naturaleza, como son las

infracciones civiles, administrativas, tributarias, mercantiles, que no constituyen delito (o sea, infracción penal).

A) Acción y omisión. El PCP utiliza los términos *acción* y *omisión* que son equivalentes al vocablo *hecho humano* empleado en la definición doctrinal. De modo que podría hablarse de *hecho activo* y de *hecho omisivo*. Es decir, que pueden existir comportamientos humanos que infringen el Derecho y consisten en una acción positiva, en un hacer lo que está prohibido (disparar a una persona, apoderarse de dinero ajeno, falsificar una escritura pública); y también existen comportamientos humanos que infringen el Derecho y consisten en omitir o no hacer lo que se esperaba (omitir lo que se está obligado a hacer), esto es, en incumplir un mandato determinado de actuar para evitar un peligro (no socorrer a una persona desamparada, no impedir la comisión de un delito, no perseguir o denunciar delitos, profesionales sanitarios que no auxilian a un enfermo).

La razón que explica la diferencia de términos entre la definición legal y la definición doctrinal, se encuentra exclusivamente en la necesidad de usar formas de lenguaje distintos. Así, mientras la ley debe contener expresiones claras y fácilmente comprensibles para todos los ciudadanos, la definición doctrinal, dirigida a expertos jurídicos, debe acudir a un lenguaje técnico más exacto, pero difícilmente inteligible para los legos en Derecho. En conclusión, puede afirmarse que *hecho* es equivalente a *acción* y *omisión*, pues los *hechos humanos*, o sea, los *comportamientos humanos*, pueden consistir en una *acción* o en una *omisión*. Dicho con otras palabras: se puede infringir el Derecho mediante un hecho activo (*acción*) y también mediante un hecho omisivo (*omisión*).

B). Calificadas y penadas por la Ley. Con esta expresión, la fórmula legal recoge simultáneamente dos elementos de la definición doctrinal: *tipicidad* y *antijuridicidad*.

Así “*calificadas y penadas por la Ley*” significa que no todos los comportamientos humanos interesan al Derecho penal. Es decir, que no todas las acciones y omisiones son relevantes. De modo que sólo son delitos aquéllas acciones y omisiones *típicas*, o sea, aquéllas que están *calificadas y penadas por la Ley*. La idea de *tipicidad* expresa pues la exigencia del principio de legalidad y constituye una traducción técnica de la garantía criminal de seguridad jurídica. *Tipicidad* significa fundamentalmente relevancia o interés para el Derecho penal de una determinada conducta: únicamente las conductas que previamente aparecen en la Ley penal descritas y sancionadas con una pena, pueden considerarse delito. Nadie puede inventar, crear o perseguir acciones u omisiones que no sean *típicas*, esto es, que no estén expresamente *calificadas y penadas por la Ley*. Con otras palabras: sólo el Parlamento (poder legislativo) que representa la soberanía popular, tiene capacidad para decidir los comportamientos que son delitos y castigarlos penalmente. Y este principio fundamental (principio de legalidad) se traduce en la definición de delito bajo la expresión *tipicidad*.

En el PCP 2003, por ejemplo, no se consideran delitos, porque no están *penadas por la Ley*, las siguientes conductas: adulterio, homosexualidad, afiliación a Partidos Políticos y Sindicatos, compra y venta de anticonceptivos, etc. Sin embargo, en otros textos legales, algunas de estas conductas si estaban castigados en el CP, pero



posteriormente fueron *despenalizados*, porque la Asamblea Nacional así lo decidió en consideración a los cambios sociales.

Pero adviértase que la idea de *tipicidad* se refiere exclusivamente al Derecho penal, de modo que cumple una función de relevancia para esta parte del ordenamiento jurídico, pero no para la totalidad del mismo. Con otras palabras, con la exigencia de *tipicidad* o de *calificadas y penadas por la Ley*, sólo se señalan las conductas que interesan al Derecho penal, es decir, las conductas que son delito, y que, por tanto, deben ser castigadas con una *pena o sanción criminal*. Por tanto, la *tipicidad* delimita el ámbito de conductas con trascendencia y significado penal, esto es, delimita el ámbito de actuación del Derecho penal: los comportamientos que no sean *típicos* no son relevantes, no interesan al Derecho penal, y, por consiguiente, no son delitos, ni pueden castigarse con una pena. Ahora bien, existen numerosos comportamientos que aunque no sean *típicos* y, por tanto, no son delictivos (quedan fuera del Derecho penal), si interesan a otras partes del Derecho; y así podrán ser de interés para el Derecho Privado (Civil y Mercantil) o para el Derecho Público (Administrativo y Tributario) o para el Derecho Laboral. Y en esos ámbitos pueden generar responsabilidades, aunque nunca penales, dando lugar a la existencia de ilícitos civiles, mercantiles, administrativos, tributarios, o laborales, con su correspondiente sanción, pero de naturaleza civil, administrativa o laboral. En definitiva es la ley, expresión de la voluntad popular, la que en consideración a la gravedad de la conducta, determina si constituye un ilícito penal, o si meramente consiste en un ilícito civil o administrativo.

Estas advertencias derivan del principio de proporcionalidad (intervención mínima, y carácter fragmentario y secundario del Derecho penal), de suerte que no todos los comportamientos contrarios a Derecho son relevantes (*típicos*) para el Derecho penal. Sino que sólo interesan los más graves, según decida el Parlamento conforme la evolución social. Por tanto, no todos los incumplimientos contractuales, ni todas las infracciones de tráfico, infracciones urbanísticas, infracciones medioambientales o laborales son delito, sino únicamente aquéllas que están expresamente *penadas por la Ley*. El resto, constituyen ilícitos civiles, ilícitos administrativos o ilícitos laborales, con sus correspondientes sanciones no penales.

De igual forma, la expresión *calificadas y penadas por la Ley* es equivalente a la exigencia doctrinal de *antijuridicidad*. Y ello es así, porque únicamente están penadas por la Ley las conductas humanas que son antijurídicas, es decir, las que infringen, contravienen o violan el Derecho. En este sentido *antijuridicidad* significa contrariedad al Derecho, de suerte que expresa que una acción u omisión es contraria (infringe, viola o contraviene) la ley. Por tanto, se trata de una consecuencia lógica, que puede expresarse de la siguiente forma: si una conducta está penada por la ley es porque es antijurídica; y a la inversa, si una conducta es antijurídica está penada por la ley.

El concepto de antijuridicidad supone pues, una comparación entre la conducta y el Derecho. Comparación que se expresa mediante una valoración positiva o negativa de la conducta, tomando como exclusiva referencia el Derecho. Así, tras la comparación, una conducta o es ajustada a Derecho (es conforme, correcta, lícita) o es contraria, y entonces decimos que es *antijurídica*. No existe término medio. Se trata en consecuencia de una operación de contraste de carácter normativo, o para ser exactos, de un juicio valorativo, pues tras su verificación el juez declara si el comportamiento es no es ajustado a Derecho. En términos más sencillos, diríamos que la *antijuridicidad*

significa que el juez declara si un hecho *está bien o está mal*, pero siempre tomando exclusivamente como referencia la Ley.

La exigencia de *antijuridicidad* contenida en el artículo 21 PCP se complementa con la referencia que en el artículo 24 del PCP se hace al término "*infracción*", al decir que los delitos y faltas "*son infracciones*". Es decir, que infringen, contravienen, o violan la norma, y por ello mismo decimos que son contrarios a la misma, esto es, que son *antijurídicos*. Y naturalmente se complementa con las exigencias derivadas del principio de legalidad, ahora expresamente formulado en el art. 1 del PCP.

C). *Dolosas o imprudentes*. La referencia a *dolosas o imprudentes* contenida en la definición legal, se corresponde básicamente con la exigencia doctrinal de *culpable*. Y en verdad expresa la necesidad de que el hecho humano típico y antijurídico ha de poder ser atribuido o imputado al sujeto activo bien a título de dolo (intención) o bien a título de imprudencia (infracción del deber de cuidado o diligencia mínima). De modo que una muerte se imputa al autor dolosamente (ha matado intencionalmente) o imprudentemente (ha matado sin querer, por un descuido indebido). Para que exista responsabilidad criminal no basta con que una persona cometa un hecho típico y antijurídico, pues también es necesario que sea responsable del mismo. Es decir, que al cometerlo haya infringido el deber de todo ciudadano de respetar las leyes. En este sentido los conceptos de culpabilidad, responsabilidad e imputación subjetiva aparecen íntimamente unidos. Cada persona ha de responder de sus actos, y ha de responder de ellos en la medida que estos actos sean obra suya y sean voluntarios. Pero para ello, es necesario que el sujeto tenga capacidad para saber lo que hace, para entender y dominar sus actos. Y, además, el Derecho tampoco puede exigir a los ciudadanos comportamientos heroicos, de modo que en ciertas ocasiones, disculpa ciertas debilidades ante determinadas circunstancias. Todas estas ideas conforman el llamado juicio de culpabilidad, en donde el juez debe determinar si la conducta antijurídica es responsabilidad de la persona, y, por tanto, responde personalmente de la misma.

Pero en opinión de varios autores respecto a textos semejantes, la definición legal resulta incompleta, pues únicamente comprende un aspecto de la culpabilidad, que es la forma de imputación (dolo o imprudencia), pero no recoge ni la idea de *exigibilidad* (reprochabilidad por el comportamiento contrario a Derecho), ni la de *imputabilidad* (capacidad para entender y actuar conforme a Derecho).

Por ejemplo, una persona puede haber robado dolosamente dinero ajeno, pero encontrarse eximido de responsabilidad criminal por la concurrencia de un estado de necesidad (en una situación de hambre) o de miedo insuperable (ante el secuestro de un pariente), y en este sentido su conducta no sería culpable porque no podía *exigirse* que actuara de otra forma. Y a su vez, una persona puede lesionar dolosamente a otra, y quedar exento de pena porque no exista *imputabilidad*, al estar enajenado (esquizofrenia, psicosis, oligofrenia) o por encontrarse bajo el efecto de drogas o del síndrome de abstinencia.

En todo caso, la definición legal de delito del artículo 21 del PCP, ha de complementarse respecto a la exigencia doctrinal de *culpable*, con el contenido del artículo 9 PCP, que categóricamente advierte que "*la pena o medida de seguridad sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia*". Lo que quizá pudiera entenderse como la voluntad del legislador de referirse de forma completa

a la exigencia de culpabilidad, mediante la referencia a *dolo o imprudencia*. Referencias que entonces deberían entenderse en un sentido más amplio, pues de otra manera resultarían reiterativas, al repetirse en ambos preceptos. Así debe entenderse, desde el instante que en este mismo apartado primero del art. 9 se advierte que: “*Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado*”. Y aun con mayor claridad el numeral segundo del citado precepto señala que “*no hay pena sin culpabilidad*”.

D) *Punibilidad*. Aunque en la definición legal no aparece explícitamente este término, se deriva inequívocamente tanto de la expresión *penadas por la Ley*, como por la simple idea de que delito es precisamente todo hecho amenazado con una pena, esto es, *punible*. Por tanto, desde un punto de vista lógico, la misma idea de delito comporta la exigencia de *punibilidad*, pues constituye su esencia. Incluso podría definirse como delito todo hecho humano castigado con una pena.

En resumen, la punibilidad significa que en abstracto el hecho es susceptible de ser castigado (sometido a una pena), y en consecuencia es un elemento esencial del concepto de delito.

## 2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

Tradicionalmente existen dos criterios para clasificar los delitos (infracciones penales). El primero atiende a la *gravedad* y el segundo a la *naturaleza* de la infracción.

A). *Gravedad*. Por su gravedad las infracciones penales se clasifican en tres clases: *delitos graves* (crímenes), *delitos menos graves* (delitos) y *faltas* (contravenciones). La gravedad del hecho se traduce en la pena, tanto en la clase como en la cantidad de la misma. Esta clasificación tripartita de las infracciones penales se remonta al derecho histórico anterior a la codificación, aunque su generalización se debe al Código Penal francés de 1791. En la actualidad, el PCP de 2003 la recupera y consagra en su artículo 24, distinguiendo tres clases de infracciones penales (delitos en sentido amplio) por su diferente gravedad. Y para llevar a cabo esta distinción por su gravedad, el PCP acude al criterio de la pena asignada a cada infracción. Así, el citado artículo 24 dispone lo siguiente:

- Son “*delitos graves, las infracciones que la Ley castiga con pena grave*”.
- Son “*delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave*”.
- Son “*faltas, las infracciones que la Ley castiga con pena leve*”.

Por tanto, es la penalidad que la ley señala a cada infracción, la que sirve para graduar las infracciones en *delito grave, delito menos grave y falta*. En efecto, para saber si una infracción penal es un *delito grave, un delito menos grave, o una falta*, tendremos que comprobar la pena que en abstracto tiene asignada, y entonces averiguar si ésta es grave, menos grave o leve. Para ello basta leer el artículo 49 PCP, donde se ordenan las diferentes penas por su gravedad, esto es, por su naturaleza, contenido, efectos y duración. Pena en abstracto es pues la que cada precepto contiene, antes de ser concretada.

Así, el citado artículo 47,1º PCP dispone que:

*“a) Son penas graves: La penas de prisión e inhabilitación superiores a cinco años.*

*b) Son penas menos graves: La penas de prisión e inhabilitación de seis meses hasta cinco años; la de privación del derecho a conducir vehículos motorizados y del derecho a la tenencia y portación de armas y la de residir en determinado lugar de hasta un año; la multa de hasta noventa días; y el trabajo en beneficio de la comunidad hasta a treinta jornadas”.*

*c) “Son penas leves: la de privación del derecho a conducir vehículos motorizados y del derecho a la tenencia y portación de armas y la de residir en determinado lugar superiores a un año; la multa proporcional; la multa superior a 90 días; y el trabajo en beneficio de la comunidad superior a treinta jornadas”.*

Art. 49,2º: *“La responsabilidad personal subsidiaria por falta de pago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya”.*

Por su parte, el art. 48 dispone que *“Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal”.*

Así pues, resulta muy sencillo determinar si una infracción penal es un delito grave, un delito menos grave o una falta, pues basta saber si la pena que tiene señalada es grave, menos grave o leve. Ejemplos : El homicidio doloso es un delito grave (art. 138) pues tiene señalada pena de prisión de diez a quince años, que es una pena grave; el hurto de objetos cuyo valor no exceda de de la suma resultante de dos salarios mínimos del sector industrial (art. 544,1) es una falta porque se castiga con multa de diez a veinte días o trabajo en beneficio de la comunidad de diez a veinte jornadas, que es una pena leve; la sustracción de un menor o incapaz (art. 216) es un delito menos grave, pues se sanciona con prisión de uno a cuatro años, que es una pena menos grave. Por tanto, lo importante es la conminación en abstracto de la pena (la que aparece directamente señalada en cada figura legal), y no la pena efectivamente impuesta al aplicar las diferentes reglas sobre determinación e individualización de la penalidad (v. gr., atenuantes, agravantes, tentativa, complicidad, etc.).

La clasificación de las infracciones penales por su gravedad, tiene importancia por dos razones: primero, porque sirve de referencia para las diversas graduaciones de la penalidad; y segundo y fundamental, porque determina la competencia procesal, así como la clase de procedimiento penal que ha de seguirse.

B). Naturaleza. Por su naturaleza las infracciones penales se clasifican en delitos comunes y delitos políticos. Para poder determinar una y otra categoría, se ha acudido a criterios objetivos (naturaleza común o política del bien protegido); a criterios subjetivos (si los móviles del autor eran de naturaleza común o política); y a criterios mixtos, que aunque de diferentes modos combinaban ambos criterios. Así, según el criterio mixto extensivo será delito político todo aquél que lesione un bien político o que persiga objetivos políticos. Mientras que el criterio mixto restrictivo requiere que concurren ambos para calificar a un delito de político. Y la distinción posee gran trascendencia especialmente en materia de extradición, pues el artículo 18 d) PCP dispone entre los requisitos para concederla que *“No se trate de delito político o común conexo con él, según calificación nicaragüense”.*

Pues bien, en la actualidad la mayoría de legislaciones parecen seguir un criterio objetivo, como por ejemplo contiene el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977), lo que significa que si el bien atacado es de naturaleza común, el delito será considerado igualmente, y, por consiguiente, cabrá la extradición de sus autores.

En este sentido, en la legislación internacional, cualquier ataque contra la vida, integridad, libertad de las personas, secuestro, toma de rehenes, utilización de bombas, explosivos, cohetes o armas automáticas, se considera siempre un acto de terrorismo, y, por tanto, un delito común susceptible de extradición.

### **3. ELEMENTOS DEL DELITO: ESTRUCTURA Y CONTENIDO**

La estructura y contenido del delito se deriva exactamente de los diferentes elementos que componen el concepto o definición de delito. Así pues, hecho humano, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad constituyen los grandes elementos del delito. A continuación, y a modo de esquema de las Lecciones siguientes, desarrollamos brevemente el contenido de cada uno de estos elementos fundamentales.

A). Hecho típico. Como presupuesto imprescindible de todo delito, debe existir un hecho humano, y que este hecho humano sea típico, es decir, relevante para el Derecho penal. Pues bien, entonces, antes que nada, debemos estudiar que características ha de reunir un comportamiento para que pueda ser atribuido a un ser humano. Tradicionalmente el comportamiento humano se definía con referencia a la exteriorización de una voluntad, mediante la realización de movimientos corporales con un determinado significado normativo y social. Por ello, también analizaremos los supuestos de ausencia de comportamiento humano (v. gr., movimientos reflejos, sonambulismo). A continuación trataremos de fijar el concepto de conducta, y luego sus modalidades, la acción y la omisión. Posteriormente comprobaremos como en algunos delitos la conducta, para ser típica (relevante), precisa la producción de un resultado (v. gr., la muerte de una persona). En estos casos resulta entonces imprescindible demostrar que la conducta del autor ha causado el resultado muerte. Surge así la problemática causal (imputación objetiva). Finalmente, también algunos delitos requieren para ser relevantes la presencia de especiales elementos subjetivos, (por ejemplo, el ánimo de lucro).

En la próxima Lección abordaremos *las fases de realización del hecho (iter criminis)*, partiendo de la clásica distinción entre la fase interna y externa de realización. Y ya dentro de esta última, volveremos a distinguir entre *los actos preparatorios punibles* y el comienzo de ejecución del delito, para terminar diferenciando entre tentativa (intento de matar) y consumación (producción del resultado muerte), sin olvidar el llamado desistimiento voluntario (el autor o autores abandonan libremente continuar la conducta antes de haber logrado la consumación).

La siguiente Lección nos lleva a examinar los sujetos del delito. Primero el sujeto activo, donde se hace necesario distinguir entre quienes son autores materiales del hecho (causan la muerte) y quienes son partícipes ayudando al autor (prestan el arma homicida). En este punto se hará referencia al problema de la responsabilidad de las personas jurídicas, esto es, así es posible castigar a sociedades, entidades o empresas en

sí mismas consideradas, (por ejemplo, si se puede castigar a una sociedad por una estafa o por una quiebra). Por último, atenderemos a la noción de sujeto pasivo y al papel otorgado a la víctima del delito, así como el análisis del objeto material.

B). Antijuridicidad. Al estudio de la misma se dedican dos Lecciones. En la primera se subraya la noción de bien jurídico, que constituye la esencia de la antijuridicidad, porque constituye el fundamento para determinar si una conducta debe ser considerada contraria a Derecho. Es decir, que si la función esencial del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos, la idea de antijuridicidad se tiene que sustentar en la desvalorización de las conductas que ataquen los bienes más importantes para la convivencia. Pues bien, la categoría de bien jurídico obliga a distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro, y la exigencia de que el hecho típico sea a su vez antijurídico, esto es, contrario a Derecho. Por ello, a continuación ha de atenderse a las causas de justificación de la conducta, es decir, a aquéllas eximentes, como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el consentimiento, y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y el cumplimiento de un deber, que autorizan a los ciudadanos a realizar conductas típicas, (o sea, a atacar bienes jurídicos), pero que bajo ciertos requisitos, no son contrarias a Derecho. Es decir, también tenemos que analizar las causas de ausencia de antijuridicidad, que, por consiguiente, cuando concurren eximen de pena, pues no existe delito al faltar un elemento esencial del mismo cual es la antijuridicidad.

C). Culpabilidad. Al igual que al estudiar la antijuridicidad, en la culpabilidad primero estudiaremos su concepto y contenido, deteniéndonos en sus notas esenciales: la imputabilidad (capacidad de comprender y actuar conforme a las normas); las dos formas de atribuir el hecho a sus responsables, el dolo (intención) o la imprudencia (infracción del deber de cuidado y diligencia). Y después, tendremos que prestar atención a las causas de ausencia de culpabilidad (o causas de inculpabilidad) que cuando concurren eximen de responsabilidad penal, pues también falta un elemento esencial del delito, en este caso la culpabilidad. Entre las mismas se encuentran las llamadas causas de inimputabilidad (minoría de edad, enajenación, toxicomanías), el error, el caso fortuito y las causas de inexigibilidad (estado de necesidad excusante y miedo insuperable).

D). Punibilidad. La última Lección destinada al delito se centra en la noción de punibilidad, comprobando su función en el concepto de delito. En su seno estudiaremos las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y también determinados presupuestos procesales, como fundamentalmente son los requisitos de perseguibilidad que algunos delitos requieren.

## 4. RECAPITULACIÓN

La comprensión de este tema resulta básica para poder entender las siguientes Lecciones.

- Recuerda la definición legal de delito.
- Recuerda la definición doctrinal de delito
- La expresión “dolosas o imprudentes” a qué elemento de la definición doctrinal es equivalente.

- Exponga la clasificación de los delitos por su gravedad
- Por su gravedad, qué clase de infracción será aquella castigada con pena de prisión de dos años y seis meses.
- Por su gravedad, qué clase de infracción será aquella castigada con pena de prisión de seis años.
- Por su gravedad, qué clase de infracción será aquella castigada con pena de multa de 60 días.
- Por su gravedad qué clase de infracción será aquella castigada con pena de inhabilitación de dos años
- Exponga la clasificación de los delitos por su naturaleza
- En cuanto a su naturaleza, qué clase de delitos son los actos de terrorismo.
- Puede concederse o solicitarse la extradición por actos de terrorismo
- Puede explicar las consecuencias que tiene la falta o ausencia de algunos de los elementos integrantes de la definición de delito.
- Definir la punibilidad.

# TEMA VII: EL HECHO TÍPICO

*SUMARIO:* 1. El comportamiento humano: concepto y características. 2. Modalidades de conducta: acción y omisión. 3. La imputación objetiva del resultado: el nexo causal. 4. Los elementos subjetivos del tipo. 5. Recapitulación.

## 1. EL COMPORTAMIENTO HUMANO: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

A). Relevancia penal de los hechos: la tipicidad. Al Derecho penal sólo le interesan las conductas realizadas por seres humanos. Por tanto, sólo éstas pueden llegar a ser relevantes (típicas). La razón es muy simple: La misión esencial del Derecho penal es la protección de *bienes jurídicos* (derechos, intereses, o valores humanos); pero esta misión sólo puede realizarla frente a las conductas humanas, las únicas que puede regular, esto es, las únicas frente a las cuales puede intervenir eficazmente prohibiendo hacer algo (v. gr., prohibiendo robar, matar, falsificar) o mandando hacer algo concreto (socorrer, denunciar delitos, perseguir delitos). Porque como resulta obvio, las normas penales no pueden prohibir o mandar (regular) los acontecimientos naturales, como podría ser la prohibición de un terremoto, de una inundación, de un huracán, de una tormenta, de un alud o de un rayo. Y tampoco puede ordenar (prescribir) que llueva para evitar sequías o incendios. Por consiguiente, las muertes, lesiones, o daños procedentes o causados por fenómenos naturales no son delito, porque sencillamente quedan fuera del ámbito del Derecho penal, al no ser obra de personas. Es decir, los fenómenos naturales pueden explicarse conforme a procesos científicos, pero sería absurdo buscar responsabilidades.

En definitiva, como quiera que el Derecho penal es un conjunto de normas que regulan conductas humanas con la finalidad de tutelar bienes jurídicos, sólo le interesan las acciones y omisiones realizadas por un ser humano. Porque sólo puede regular los comportamientos humanos y obtener una cierta eficacia.

Pero decir que al Derecho penal sólo le interesan las conductas humanas, no significa que le interesen todas las conductas realizadas por un ser humano. Y en efecto, sólo le interesan aquéllas que puedan significar un ataque a los bienes jurídicos más importantes para la colectividad. De modo que, de conformidad con su función de tutela de bienes jurídicos, el legislador, y sólo el legislador, procede a su selección. Y en este punto reside la clave de la cuestión. Porque debe tenerse claro que se trata de una decisión política, y más exactamente de una decisión de *política criminal*, que cambia y evoluciona a lo largo de la historia. Lo que sí podemos citar son algunos de los criterios tradicionales en los que el legislador se apoya para tomar la decisión. Así, criterios de justicia, criterios de utilidad (prevención), y criterios de oportunidad son los básicos. Ahora bien, estos criterios tienen contenidos ideológicos diferentes y pueden combinarse de formas muy diversas.

En la actualidad, la política criminal que guía la legislación penal, también responde a orientaciones ideológicas. Sin embargo, el mayor avance de las sociedades occidentales en esta materia durante el pasado siglo, reside en la existencia de Leyes Fundamentales que fijan un marco o espacio, dentro de cuyos límites el legislador



ordinario puede libremente decidir, pero nunca traspasarlos (entonces La Corte Suprema declararía inconstitucional esa norma). Estos límites, ya estudiados, son esencialmente los principios constitucionales, el sistema de garantías y los derechos fundamentales. De aquı la estrecha vinculaci3n y dependencia del Derecho penal respecto a la Constituci3n.

Pues bien, dentro de este espacio acotado por la Constituci3n, el legislador, conforme al juego de las mayorías parlamentarias, puede decidir qué conductas humanas quiere castigar con la pena criminal. De forma que, antes que nada, determina los intereses, derechos o valores humanos (*bienes jurídicos*) que considera necesario proteger mediante el recurso a la pena (v. gr., la vida, la integridad, la libertad, el patrimonio, la salud pública, el medio ambiente, etc.). Y después, selecciona que conductas humanas puede y quiere prohibir, y que conductas quiere ordenar su realizaci3n. Porque tampoco puede otorgar una protecci3n absoluta de todos los bienes jurídicos, sino que exclusivamente considera importantes aquellas conductas más graves, más peligrosas o más lesivas para los bienes jurídicos más importantes. De modo que una vez seleccionados los bienes jurídicos a proteger, y las conductas más intolerables, fija las características que el comportamiento ha de poseer para ser relevante para el Derecho penal, esto es, describe en la Ley la conducta con los requisitos necesarios para merecer la sanci3n penal.

Estos requisitos o características que el legislador describe en la norma, y que son necesarios para que la conducta sea relevante, pueden responder a múltiples razones. Unas veces será la forma de ataque (empleo de violencia o intimidaci3n), otras la intensidad de la lesi3n (la cuantía del daño causado o del beneficio econ3mico obtenido) o del grado de peligro para el bien jurídico (riesgo para la seguridad de las personas), otras el sujeto que realice la conducta (ser autoridad o funcionario), otras las condiciones de la víctima (ser menor o incapaz), o incluso la finalidad perseguida (nimo de injuriar), etc. Por citar algún ejemplo, el bien jurídico vida o integridad, se protege frente a cualquier clase de conducta que los ataque. Pero en cambio el patrimonio no se tutela de forma absoluta, sino que su relevancia penal dependerá de la forma de ataque (apoderamiento con violencia o intimidaci3n, fuerza en las cosas, engaño, abuso de confianza, etc.). Lo mismo sucede con el medio ambiente, la ordenaci3n del territorio, el patrimonio cultural, la seguridad del tráfico vial, las defraudaciones tributarias, las infracciones de los funcionarios públicos o la salud pública, en los que el Derecho penal ha de tener una intervenci3n mínima, secundaria y subsidiaria con relaci3n a otras ramas del ordenamiento jurídico, reservando la sanci3n criminal a las conductas más graves, y para ello las leyes penales establecen ciertas exigencias para su consideraci3n como delitos.

Por consiguiente, ya estamos en condiciones de comprender el significado de *tipicidad (tipo)*: Es el conjunto de características, requisitos o elementos que la norma penal precisa para que una conducta sea relevante para el Derecho penal. De suerte que si la conducta realizada no reúne todas y cada una de las características, requisitos y elementos exigidos en la norma penal, no será relevante, se calificará en consecuencia de *atpica*, y, por tanto, no será delito. La idea de *tipicidad* es la traducci3n dogmática (o técnico-jurídica) del principio de legalidad criminal.

Por ejemplo, no será típica la conducta de prevaricar si la realiza un particular, pues la norma exige que se lleve a cabo por una autoridad o funcionario. Tampoco será

típica la venta de pornografía o el exhibicionismo sexual si se realiza ante mayores, pues la ley sólo castiga su práctica ante menores o incapaces. De igual forma, no será típica la conducta de acusación y denuncia falsa si ésta no se produce ante funcionario competente para perseguir delitos. No habrá homicidio si la muerte se ocasiona a un animal. No existirá delito de allanamiento de morada si el morador permite la entrada, pues la norma requiere entrar contra la voluntad del titular del domicilio. Tampoco existirá delito de injuria si la crítica a una persona se realiza sin ánimo de atentar a su honor.

B). Concepto de conducta (teoría de la acción). Recientemente el concepto de conducta ha sufrido un giro trascendental. Ya no se atribuye a la conducta un papel fundamental en la teoría del delito, ni se le asigna el desempeño de varias funciones conceptuales, ni tampoco se pretende construir un concepto general, anterior (prejurídico) e inmutable de conducta (v. gr., los conceptos o teorías clásicas de la acción: causal, final y social de acción). Todos estos empeños hoy mayoritariamente no se consideran válidos. En la actualidad, por tanto, se parte de considerar que la conducta es una condición decisiva, pero no nos interesan las conductas en general, ni tampoco discutir si ha existido o no una conducta, sino que únicamente nos importa si la concreta conducta que en cada caso analizamos, se ha realizado con las características exigidas en la ley penal. En otras palabras, resulta estéril discutir acerca de un concepto general de conducta válido para todas las posibles formas de conducta. Porque en realidad sólo nos interesa si se ha actuado en la forma descrita en la norma penal. Por todo ello hoy el concepto de conducta se resume en la idea de *conducta típica*, esto es, no existe un concepto general de conducta, sino tantos conceptos de conducta como clases de conductas relevantes (típicas) para el Derecho penal, según las diversas características con las que son descritas normativamente.

Con otras palabras, se renuncia a creer que existen acciones como si se tratara de objetos, y que su concepto se puede formular en una idea previa, superior y común a las normas, y capaz de agrupar a toda clase de acciones. Es decir, no existen acciones previas a las normas, de modo que no puede decirse que exista la acción de matar, si previamente no existe una norma que define lo que es matar. Traslademos esta consideración a ejemplos deportivos. Así, no existe la acción del “jaque mate” si antes no existen las reglas del Ajedrez. Y del mismo modo, no existe la acción del “fuera de juego” sin que previamente exista una norma reglamentaria que defina lo que es el fuera de juego. Primero son las reglas (normas) las que definen qué entendemos socialmente por esta o aquella acción. Y luego conforme a estas reglas ya podemos identificar y decir que matar es un homicidio, o que determinados comportamientos *significan* o poseen un sentido jurídico, social y culturalmente que llamamos cohecho, estafa, prevaricación, hurto, malversación, tortura, falso testimonio, atentado o desobediencia. O que atacar al rey enemigo sin dejarle casilla libre es jaque mate, o que colocarse detrás del último defensa antes de la salida de la pelota es un fuera de juego.

En resumen, la pregunta acerca de si ha existido o no una conducta humana ha de hacerse siempre en relación a una regla, esto es, con un determinado tipo penal (homicidio, lesiones, falsedades, injurias, hurto). De forma que sólo si reúne todos los requisitos requeridos en la norma correspondiente tiene el *significado* jurídico al que llamamos delito de atentado, de desobediencia a la autoridad o lesiones graves.

Ahora bien, la conducta humana consiste siempre en *una manifestación de voluntad*. Lo que significa dos cosas: primero que la conducta humana ha de ser *voluntaria*, es decir, ha de ser la expresión de la voluntad del sujeto. Y en segundo lugar, para hablar de conducta humana ésta siempre ha de exteriorizarse. De ahí que si no reúne ambas características, no puede hablarse de conducta humana. Entonces nos enfrentamos a los supuestos de ausencia de comportamiento.

C). Supuestos de ausencia de conducta (art. 34,8º PCP). Como acabamos de advertir, no existe conducta humana si ésta no es expresión de la voluntad del sujeto y, además, está exteriorizada u objetivada. Por tanto, si falta alguna de estas dos características no existirá una conducta humana relevante para el Derecho penal, y diremos que no existe conducta a los efectos del Derecho penal (o sea, que los movimientos corporales examinados no son un comportamiento humano voluntario, y, por tanto, son *atípicos*).

Los supuestos clásicos de ausencia de comportamiento por falta de *voluntariedad*, se refieren a casos de *fuerza irresistible, inconsciencia y actos reflejos*.

Para algunos autores, el PCP de 2003 recoge en su art. 34,8º esta eximente de la responsabilidad penal. Dice así: “*Actúe o deje de actuar violentado por fuerza absoluta externa*”. Principalmente alude a supuestos de *vis absoluta*, donde una fuerza externa opera sobre el cuerpo del sujeto, que queda convertido en un simple instrumento inerte y por tanto no es el medio a través del cual se manifiesta su voluntad. La fuerza irresistible excluye pues la voluntad del sujeto. Sin embargo, otros autores entenderán que esta interpretación es absurda, pues resulta reiterativa y supérflua, ya que la ausencia de acción que caracteriza estos supuestos determinaría, sin más, la exclusión del concepto de delito, sobre una interpretación a contrario del concepto de delito del art 21, que requiere la existencia de una acción u omisión. Por esta razón propondrán su entendimiento como causa de inexigibilidad.

La *fuerza irresistible* determina la ausencia de comportamiento voluntario, por cuan una tercera persona violenta al sujeto, mediante el empleo de una fuerza física irresistible (*vis física absoluta*). Pero para excluir el comportamiento del sujeto es necesaria una determinada *cantidad de fuerza* del tercero. Por ello, la jurisprudencia generalmente requiere que la fuerza del tercero suprima o anule la voluntad, u obligue a delinquir al sujeto que realiza la conducta. En estos casos, autor será el tercero que practica la fuerza (supuestos llamados de *autoría mediata*).

Ejemplos: 1. Pedro empuja fuertemente a Juan, que al caer aplasta a un bebé causándole la muerte. 2. Conductor de tranvía que al circular por una calle en pendiente, sufre un corte de fluido eléctrico, que le impide controlar el tranvía, arrollando a varios peatones y vehículos. 3. Jacinto y David sujetan e impiden por la fuerza que Pablo socorra a su hermano que se está ahogando. 4. Andrés conduce a la fuerza la mano de Paula para que estampe su firma en un documento.

La fuerza irresistible ha de diferenciarse de la llamada *intimidación moral*, que no incide sobre el cuerpo sino sobre la mente (proceso de motivación), por lo que no excluye la conducta, que es voluntaria, sino la libertad de decisión. Por tanto, si existirá conducta, pero no la posibilidad de reprochar, exigir o imputar esa conducta. De modo que la intimidación o amenaza deberá ser considerada, en su caso, conforme al tratamiento de las eximentes, (por ejemplo, conforme a la de *miedo insuperable* del art. 34,6 PCP).

La *inconsciencia* también determina la ausencia de comportamiento voluntario. Los supuestos característicos son el hipnotismo, el sueño (sonambulismo) y la embriaguez letárgica. Ahora bien, para excluir la conducta ha de faltar por completo la voluntad, pues de otro modo, si existe voluntad aunque sea disminuida, existiría una conducta que dará lugar a responsabilidad penal generalmente a través de la imprudencia (falta de intencionalidad).

Y la tercera causa de ausencia de conducta voluntaria, se encuentra en los llamados *actos o movimientos reflejos*, en los que no existe voluntad puesto que el comportamiento se realiza sin intervención de la conciencia, y que responde a un estímulo fisiológico-corporal, mediante el cual pasa de un centro sensorial a un centro motor que desencadena el movimiento. Por su importancia merecen ser destacados los casos de “*paralización momentánea*” a causa de una impresión física (v. gr., deslumbramiento) o psíquica. En estos casos se habla de movimientos reflejos con transformación *subcortical* (inconsciente).

Generalmente se citan, por ejemplo, ciertos ataques convulsivos que pueden causar daños. No se consideran *actos reflejos* las llamadas “reacciones primarias”, entre las que se encuentran *los actos en corto circuito* y las *reacciones explosivas*. Aquí ha de incluirse el llamado *actuar impulsivo*, porque en el mismo también existe un proceso anímico. En estos supuestos, por tanto, si existe un comportamiento voluntario, si bien podrán tenerse tomarse en consideración otras causas de atenuación o exención de la pena que estudiaremos más adelante, fundamentalmente en el seno de la culpabilidad (imputación subjetiva). Parecida ha de ser la solución para los mecanismos profundos hipobúlicos e hiponóicos dentro del ámbito de la histeria.

Desde la Revolución Francesa, en el seno de sistemas democráticos sólo es legítimo castigar penalmente los comportamientos externos, objetivados o pertenecientes al fuero externo. Y nadie cuestiona lo contrario, es decir, que pueda castigarse el pensamiento o la mala voluntad no transformada en un acontecimiento del mundo externo sensible. Reina la unanimidad al respecto, de modo que no pueden ni deben castigarse por sí solos, los pensamientos, los procesos mentales o el fuero interno. Por tanto, no puede castigarse el designio criminal, ni siquiera aunque llegue a ser conocido por otras personas: resulta imprescindible que el sujeto llegue a realizar la conducta externa voluntaria. La voluntad que no causa nada, es decir, que no es realizada, es impune (así, es un principio clásico del Derecho penal que se expresa: *cogitationis poenam nemo patitur*).

## **2. MODALIDADES DE CONDUCTA: ACCIÓN Y OMISIÓN.**

A). Acción y omisión. Ya hemos advertido que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Y para alcanzar este objetivo, el legislador debe castigar cualquier conducta humana voluntaria que dañe o pueda dañar gravemente un bien jurídico. Por tanto, le resulta indiferente que la conducta consista en una acción positiva o en una omisión. Lo importante es que el comportamiento sea relevante (típico) según las normas penales; y lo serán todos aquéllos que la ley haya considerado idóneos para atender contra bienes jurídicos, con indiferencia que consistan en hacer lo prohibido por la norma (acción) o en no hacer lo mandado y *esperado* por la norma (omisión).

Todo depende pues, de la forma en que la norma penal describa una conducta, es decir, todo depende de la formulación del tipo. Así, en unos casos el legislador habrá decidido castigar únicamente comportamientos activos, mientras que en otros la tipicidad acogerá exclusivamente comportamientos de omisión. E incluso también existen normas donde simultáneamente se contemplan conductas activas y conductas omisivas. La elección de una u otra alternativa siempre responde a consideraciones *político-criminales*, que generalmente se sustentan en la importancia y naturaleza del bien jurídico protegido, y en la necesidad de tutela.

En resumen, la norma penal puede describir de dos formas las conductas que considera relevantes (típicas). La primera modalidad de conducta se produce cuando la norma contiene una prohibición (prohíbe robar, falsificar, violar, calumniar, etc.), pues para realizar la conducta relevante (típica) el sujeto tiene que llevar a cabo una acción positiva, justamente la prohibida explícitamente en la norma (robar, apoderarse de cosas ajenas; falsificar documentos; tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima; imputar falsamente la comisión de un delito). En la segunda modalidad de conducta la norma contiene un mandato, obligando al sujeto a hacer o realizar un comportamiento determinado, que se conoce como *acción esperada* (socorrer a una persona desamparada; prestar atención sanitaria; perseguir delitos; denunciar ante la autoridad la comisión de delitos, etc.). Surgen así los delitos de omisión, pues lo relevante para la norma penal es que el sujeto obligado no haga lo mandado y *esperado*; es decir, omita o deje de hacer, lo que la norma específicamente le obliga (omisión del deber de socorro; denegación de asistencia sanitaria; omisión del deber de perseguir delitos; omisión del deber de denunciar delitos).

Pero también existen supuestos donde la norma describe simultáneamente conductas activas y omisivas. Es decir, que la norma al describir los comportamientos típicos, considera relevantes tanto algunas acciones como determinadas omisiones, por considerar a ambas modalidades lesivas para el bien jurídico protegido. Así sucede, por ejemplo, en los delitos de defraudación a la Hacienda Pública, donde se castiga tanto la conducta de presentar una declaración falsa (acción) como no presentar la declaración (omisión) cuando se está obligado a ello. Y lo mismo sucede en otras figuras delictivas, como, por ejemplo, homicidio, lesiones, torturas, malversación de caudales públicos, o daños.

En definitiva, para el Derecho penal pueden ser relevantes tantos los comportamientos activos como los omisivos. De ahí que las normas penales, para desempeñar correctamente su función de tutela de bienes jurídicos, en unos casos describan (tipifican) conductas activas y en otras conductas omisivas.

Hasta ahora nos hemos referido exclusivamente a la realización de conductas, que en si mismas ya son relevantes y, por tanto, constituyen delito. Es decir, no requieren causar un resultado en sentido estricto, diferente y separable de la propia conducta, (por ejemplo, falsificar, acosar sexualmente, malos tratos, omisión del deber de socorro, omisión del deber de perseguir delitos). Esta forma de describir el comportamiento típico, que no requiere la causación de un resultado posterior, recibe el nombre de *delitos de mera actividad*, si se trata de prohibir acciones, y de *delitos de omisión propia*, si contienen mandatos de un actuar determinado.

Sin embargo, en otras ocasiones la norma penal, además, de prohibir u ordenar una conducta, exige la producción de un resultado. Entonces se habla de *delitos de resultado* cuando éste se atribuye a una acción positiva, y *delitos de comisión por omisión (u omisión impropia)*, cuando el resultado se imputa a una omisión, esto es, a un no hacer lo ordenado. Con otras palabras, hay que diferenciar la manifestación externa de la voluntad o conducta en si misma (en sentido estricto), de la modificación o cambio del mundo exterior por ella causada (el resultado). Es decir, hay que distinguir entre “el producir” y “lo producido”.

Así, hay que distinguir entre la conducta de disparar y el resultado producido de muerte (homicidio); entre la acción de golpear y el resultado de rotura de la nariz (lesiones); entre el comportamiento de lanzar piedras y el resultado de cristales rotos (daños).

En ambos casos surge una problemática muy particular, pues ha de demostrarse que la acción u omisión típica, han causado el resultado típico. Esta cuestión se abordará en el epígrafe siguiente, donde analizaremos los requisitos para poder imputar el resultado a la conducta (problema del nexo o relación causal). Pero antes, debemos profundizar en la modalidad de la *comisión por omisión*, puesto que resulta ciertamente complejo poder imputar un resultado, (por ejemplo, una muerte) a una omisión, esto es, a un no hacer.

C). Comisión por omisión. En verdad resulta muy sorprendente que el Derecho penal pueda imputar un resultado (v. gr., la muerte de una persona a un sujeto), por no haber actuado, es decir, por haber omitido un mandato contenido en una norma. Ciertamente nadie discute en atribuir una muerte al sujeto que ha disparado, ha golpeado, ha apuñalado o ha atropellado a otro. ¿Pero cómo es posible decir que alguien ha matado si no ha realizado ninguna de estas acciones, limitándose a omitir, a no hacer? Pues bien, para poder llegar a afirmar que alguien ha causado la muerte de otro por omisión, ha de procederse con extrema cautela y rigor, teniendo presente siempre que se trata de una modalidad absolutamente excepcional y, por tanto, que su aplicación está extraordinariamente limitada. En este ámbito, la vigencia del principio de legalidad ha de ser continuamente recordada.

La comisión por omisión puede definirse en referencia a estas notas esenciales. Primera, se trata de una omisión, pues lo relevante para el Derecho penal sigue siendo la conducta mandada que no se ha realizado. En consecuencia, también es fundamental la idea de la *acción esperada*, pues lo fundamental en la omisión es que el sujeto no haya hecho justamente lo mandado y *esperado* por el Derecho. Sin embargo, esta idea de la *acción esperada* se encuentra extraordinariamente acentuada en la comisión por omisión, hasta el extremo que surge el concepto fundamental: *la posición de garante*. Y significa que, en determinadas situaciones, una persona ha de garantizar con su actuación positiva, la evitación de resultados lesivos para el bien jurídico protegido. Esto es, ha de impedir que se cause un mal, y para ello ha de realizar la acción mandada en la norma (*la acción esperada*). La segunda nota esencial, es que la omisión ha de ser equivalente a la acción, es decir, que lo que no se hizo y esperaba el ordenamiento, tenga un significado social igual a la acción positiva, (por ejemplo, de matar, lesionar, causar un aborto, etc.). Y la tercera característica es que si el sujeto en *posición de garante* efectivamente hubiera llevado a cabo la acción esperada, ésta hubiera evitado el resultado.

Ejemplos clásicos de comisión por omisión son los siguientes: padres que no alimentan a su hijo recién nacido, que resulta muerto; socorrista de una piscina que no socorre a un niño que se está ahogando; cónyuge que no auxilia al otro demandando ayuda tras sufrir un infarto.

El legislador, consciente de la necesidad de obrar con suma prudencia en esta materia, ha optado por una fórmula muy restringida en el art. 23 del PCP de 2003. De suerte que, para castigar esta modalidad compleja, en la que se imputa un resultado a un no hacer (omisión), ha seguido dos técnicas legislativas distintas.

La primera fórmula consiste en crear figuras delictivas, en las que expresamente se castiga la comisión por omisión. Es decir, en el Código Penal existen delitos de comisión por omisión directamente configurados por el legislador. Son delitos cuya estructura típica requiere de una conducta omisiva a la que se atribuye la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la norma ya contiene todas las características de la comisión por omisión: modalidad omisiva, posición de garante para ciertas personas y posibilidad de evitar el resultado mediante una actuación positiva.

Un ejemplo de esta técnica legislativa es el delito de peculado, artículo 434, que castiga tanto a la autoridad o funcionario que sustrae caudales públicos, como a los que *consienten* que un tercero los sustraiga, (esto es, omiten el deber de custodia de los fondos públicos y por ello se les imputa el resultado). Otro ejemplo es el art. 470 de tortura, que castiga a la autoridad, funcionario o empleado público “que no impida la comisión de alguno de los hechos tipificados” en los numerales anteriores.

La segunda técnica legislativa consiste en acudir a una cláusula general, donde se especifican los requisitos que han de darse, para que un delito de resultado que describe una conducta con verbos activos, pueda también imputarse a una omisión. Esta cláusula se encuentra en el artículo 23, PCP, que a su vez constan de dos apartados. Cada uno de ellos contiene criterios diferentes de imputar un resultado a una omisión. En efecto, en el numeral primero se disciplina la clásica “comisión por omisión”, y contiene las exigencias ya comentadas como notas esenciales de la comisión por omisión: a) que se trate de delitos que consistan en la producción de un resultado; b) equivalencia material y formal entre la acción y la omisión; y, c) existencia de posición de garante. Normalmente se consideran fuentes o causas por las que una persona queda situada en posición de garantizar la salvaguarda de un bien jurídico, las tres siguientes:: la ley, el contrato y la previa creación de un riesgo para el bien, mediante una acción u omisión precedente (teoría de la ingerencia).

Así, por ejemplo, las disposiciones legales pueden crear situaciones de garante, siendo habituales en el marco de las relaciones familiares (alimento o socorro mutuo) o en el ámbito de la función pública (las autoridades y funcionarios, en el ejercicio de sus cargos, en ocasiones se encuentran en posiciones de garante). También por contrato o negocio jurídico, una persona puede obligarse en el ejercicio de una profesión u oficio a garantizar la no producción de resultados lesivos (socorrista, guía alpino, cuidador, médicos, etc.). Por último, si alguien crea un riesgo para un bien jurídico, automáticamente asume la obligación de evitar la producción de otros resultados posteriores, siendo responsable de los mismos si omite la acción esperada de actuar para impedirlos. Así, quien enciende fuego en el bosque para comer, se sitúa en posición de garantizar que éste no se propague, debiendo actuar para sofocarlo: si no lo hace, responderá por el incendio forestal.

Sin embargo, el numeral segundo del este artículo 23, regula una tercera clase de omisión, que algunos han denominado “omisión pura de garante”. Se aplicará a las hipótesis donde el garante ha incumplido efectivamente un deber jurídico especial, pero

sin embargo no es posible afirmar que su omisión llegue a equivaler a la causación activa del resultado. Entonces se le sancionará con la pena agravada del delito omisivo. En estos casos, el omitente está en posición de garante, pero su inactividad no es equivalente ni material ni en el sentido estricto de la ley, a la causación del resultado. Por ello, como no se les puede imputar el resultado, pero a la vez están en una posición de garante, constituyen una escala intermedia de gravedad.

En resumen, el PCP establece tres escalas de gravedad en la omisión: los delitos de omisión pura o simple; los delitos de omisión pura de garante (art.23,2º establece una pena agravada); y los delitos de comisión por omisión, en los que se imputa el resultado como si lo hubiera causado activamente (art. 23,1º PCP).

### **3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO: EL NEXO CAUSAL.**

En todos los delitos que requieren la producción de un resultado, tanto si describen una modalidad activa (delitos de resultado) o una modalidad omisiva (delitos de comisión por omisión), debe demostrarse que la conducta realizada ha causado el resultado producido. O lo que es lo mismo, en los delitos que requieren la producción de un resultado, ha de establecerse un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta y el resultado (así ocurre en delitos como homicidio, asesinato, aborto, lesiones, daños,...). Por tanto, se plantean dos cuestiones diferentes: Primera, establecer conforme a que criterios decidimos a los efectos del Derecho penal que una conducta es causa del resultado. Y segunda, los parámetros probatorios de la citada relación de causalidad.

En la práctica cotidiana, la prueba de esta relación de causalidad entre conducta y resultado, no suele ofrecer dificultades ni dudas en la mayoría de los casos. Así, por ejemplo, quien dispara a la cabeza de otro que al recibir el impacto se desploma muerto. O cuando alguien golpea a otro reiteradamente hasta romperle tres costillas y un brazo. O si unos jóvenes incendian un vehículo hasta quemarlo. Pues bien, en esta clase de supuestos, la prueba de la existencia del nexo causal no plantea problemas, pues resulta evidente, conforme a la experiencia general, que la conducta típica es la que ha producido el resultado.

Sin embargo, también existen algunos grupos de casos, donde precisamente la existencia misma y la prueba de la relación causal se erigen en la cuestión central del proceso penal. A título de ejemplo, se puede recordar en España el llamado “caso de la colza” (SSTS 12 marzo 1992 y 23 abril 1992), donde justamente lo que se discutió es si el aceite desnaturalizado para uso industrial, comercializado fraudulentamente para consumo humano, fue la causa de las numerosas muertes y lesiones sufridas por centenares de ciudadanos. O en Alemania el llamado “caso de la madera”, o el “caso Contergan” donde se debatió si el consumo durante el embarazo de esta sustancia, en principio un tranquilizante, era la causa del posterior nacimiento de bebés con graves deformaciones y taras físicas.

Podemos recordar otros casos problemáticos. Por ejemplo, un conductor atropella a una niña en una carretera desierta, causándole heridas leves. La recoge y la abandona en un cobertizo, muriendo al cabo de las horas desangrada. O preguntarnos si quien clava una navaja que sólo produce una herida leve, debe responder del resultado muerte acontecido en accidente de circulación durante el traslado al hospital. O



pensemos en variaciones del anterior caso, cuando la muerte deriva de una impericia médica, de una infección sobrevenida de la herida, etc.

De modo que, junto a la mayoría de los casos donde la prueba de la causalidad es sencilla, existen otros de muy compleja demostración. Estos grupos problemáticos se suelen distinguir en los siguientes supuestos: causalidad hipotética; causalidad cumulativa; causalidad adelantada; causalidad estadística; causalidad compleja cursos causales irregulares; interrupción del curso causal.

Para solventar estos problemas, históricamente se han propuesto diversas teorías. Entre las mismas, destacan “la teoría de la equivalencia de las condiciones”; las “teorías individualizadoras” de la causalidad (*conditio sine qua non: causa efficiens*); “teorías generalizadoras” (condición adecuada); “teoría de la relevancia”; y, “teoría de la imputación objetiva”, que en la actualidad es la dominante en doctrina y jurisprudencia.

Ahora bien, en realidad deben probarse dos cuestiones diferentes, tanto si existe como si no existe evidencia. Primera, ha de verificarse que existe un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta y el resultado típico. Para ello el Derecho penal ha de recurrir a pruebas científicas, tecnológicas, lógicas, médicas y a la experiencia general. Tras su práctica, el juez podrá declarar que la conducta ha causado o ha contribuido a causar el resultado producido. Esta primera operación ha de realizarse conforme a la teoría “de la equivalencia de las condiciones”, según la cual, la causa de un determinado efecto (resultado) es la totalidad de condiciones, dadas las cuales, ese efecto se produce necesariamente. Y trasladada esta teoría al Derecho penal, se formula del modo siguiente: “es causa del resultado toda condición, positiva o negativa, que suprimida in mente haría desaparecer el resultado en su aparición concreta”.

Y segunda cuestión, una vez comprobada la existencia de una relación de causación entre conducta y resultado conforme a los parámetros científico-lógicos citados, ha de establecerse a continuación la imputación objetiva del resultado al autor de la conducta. Y esta segunda operación se desarrolla conforme a parámetros exclusivamente normativos. Es decir, si de acuerdo a criterios jurídicos o normativos (relación ideal de causalidad o imputación objetiva del resultado) y no única o exclusivamente considerando criterios ontológicos o científicos (relación material o natural de causación), puede decirse, a los efectos de castigar a una persona, que la misma ha producido un resultado. Así, el criterio de causalidad acude a un espectador objetivo, que con todos los conocimientos sociales existentes, el estado inicial de las cosas y la operatividad de leyes generales, puede predecir la ocurrencia de determinados sucesos. Mientras que la teoría de la imputación objetiva, recurre a parámetros como la adecuación (espectador objetivo), el fin de protección de la norma, o el incremento de riesgo. Este segundo momento, puramente normativo, cada vez cobra mayor protagonismo, conforme se aprecia en las tendencias actuales.

Veamos con un ejemplo la distinta naturaleza de ambas perspectivas. Desde un punto de vista lógico-científico (teoría de la equivalencia de las condiciones), el fabricante de un arma luego utilizada para un asesinato, ha puesto una condición necesaria (una causa) para producir el resultado. Y si bien desde esta perspectiva científica resulta indiscutible la existencia del nexo causal (porque suprimida in mente su contribución, nunca se hubiera producido el resultado concreto), desde el punto de vista normativo propio del Derecho penal (tanto si recurrimos al criterio de causalidad como si lo hacemos al de imputación objetiva), no podremos nunca imputar el resultado muerte al fabricante del arma. De ahí la necesidad de distinguir las dos perspectivas de análisis del problema causal.

Ha de insistirse pues, que cuando nos planteamos el problema del nexo causal en el ámbito del Derecho penal, no sólo estamos ante una cuestión lógico-científica, sino que fundamentalmente nos encontramos ante la necesidad de decidir en qué casos y con estas condiciones, imputamos o hacemos responsable a un sujeto del resultado que se deriva de su conducta. Esta doble perspectiva del problema nunca puede perderse de vista, pues de lo contrario, se confunden dos procesos de muy diferente naturaleza. Por consiguiente, ha de responderse a las dos preguntas, que son consecutivas pero diversas. Insistamos otra vez en ellas.

Primera, desde el punto de vista natural (causación o relación material de causalidad), ha de enjuiciarse si una conducta es causa de un resultado; pregunta ésta que sólo puede responderse de acuerdo a criterios científicos (teoría de la equivalencia de las condiciones). Es claro que lo que no es causa de un resultado de acuerdo a los conocimientos lógico-científicos, tampoco puede serlo a los efectos del Derecho penal. De modo que, con este primer examen de la relación de causación (o causalidad material), se descartan las conductas que científicamente no pueden considerarse causantes del resultado. Pero si la conducta analizada supera esta primera prueba, y aparece como científicamente causante del resultado, no significa que jurídicamente pueda ya imputarse objetivamente al autor. Aquí entra en escena el examen de esa conducta conforme a parámetros estrictamente normativos. Y de entre todas las posibles conductas que causan o contribuyen a causar un resultado desde la perspectiva científica, no todas son relevantes para el Derecho penal. Es decir, no todas permiten imputar el resultado. Aquí, los criterios jurídicos estrechan o reducen el círculo de las conductas que pueden considerarse idóneas. En definitiva, el examen de la causación conforme a criterios lógico-científicos constituye un requisito necesario e imprescindible, pero insuficiente por sí sólo para imputar, esto es, para hacer responsable penalmente a una persona de un resultado.

Y para efectuar esta selección, generalmente se recurre a la teoría de la imputación objetiva, que a su vez utiliza alguno de estos tres criterios. El primero es el llamado incremento de riesgo que atiende a la conducta indebida del autor, de modo que si ésta aumentó la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, entonces podremos imputar el resultado (v. gr., aunque el paciente estaba muy grave, la impericia del médico contribuyó a acelerar la muerte). El segundo criterio se denomina fin de protección de la norma, que excluye la imputación de todos los resultados producidos fuera del ámbito de protección normal o habitual para el que se dictó la norma (ejemplo, al autor de un asesinato, no se le puede imputar la muerte de la madre de la víctima, ocurrida por la impresión desatada al conocer que se trataba de su hijo). También se recurre en ocasiones, a un tercer criterio, llamado de adecuación, conforme a la cual, sólo se considera causa del resultado, aquella condición generalmente adecuada conforme a la experiencia general para producir el resultado. De suerte que, el juez (como si fuera un espectador objetivo), ha de situarse en el lugar del autor y en el momento de realizar la conducta, y provisto de todos los conocimientos existentes en la sociedad, valorar si el resultado se hubiera derivado generalmente de la conducta. En este caso, se imputará el resultado al autor.

En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva ha dejado de ser una simple explicación de la relación de causalidad, para convertirse en una teoría del tipo penal. Semejante mutación demuestra que el problema causal estaba mal planteado, y quizás siga estándolo todavía hoy. En cualquier caso, lo esencial desde la óptica de la

investigación criminal reside en recopilar y conservar la mayor parte de los indicios que después puedan constituir la prueba.

Por último hay que hacer referencia en este ámbito, a la aplicación del criterio que trata de determinar la relevancia típica que, en el momento de la imputación objetiva, tiene el comportamiento de la víctima en situaciones que son calificadas como de autopuesta en peligro o de exposición voluntaria a un peligro que proviene de la acción de otro, tal y como expresamente las denomina la jurisprudencia (v. gr. STS 19 de septiembre de 1999). . En cualquier caso, la consideración de la conducta de la víctima como un problema de tipicidad a resolver sistemáticamente en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva constituye hoy una opinión compartida en la doctrina y que poco a poco parece que se va abriendo paso también en la jurisprudencia, en detrimento de otras soluciones que hasta ahora venía utilizando para solventar dicho problema. Así, por ejemplo, en la STS de 17 de julio de 1990 que resuelve el conocido “caso de la botella”. Parece, pues, que el carácter innovador debe cifrarse en dos aspectos. De una parte, en la aplicación de ciertos criterios propuestos por la doctrina para tratar de determinar la relevancia típica de la actuación de la víctima en el marco de la imputación objetiva del resultado producido en combinación con la conducta del autor (autopuesta en peligro, exposición voluntaria al peligro que proviene de la acción de otro). Y por otra parte, en el correlativo abandono de las soluciones que tradicionalmente venía otorgando el TS a los casos en los que la víctima participa de alguna manera en la producción del resultado (que principalmente consistía en acudir a su “teoría de la concurrencia de culpas”; pero también en otras ocasiones recurría a la idea de interrupción del curso causal o de falta de previsibilidad del autor provocadas por la intervención de la víctima).

Como ejemplo de la problemática apuntada, puede citarse el enjuiciado en la STS de 19 de septiembre de 1999, que puede resumirse del siguiente modo: Tuvo lugar una discusión entre dos personas, que posteriormente derivó en una pelea al propinarle Francisco Manuel un *puñetazo* en el rostro a Federico, como consecuencia de un comentario despectivo que éste había efectuado, tirándolo al suelo. Éste se levantó y cogió una silla de plástico de la terraza, momento en que también la asió Francisco Manuel, llevando a cabo un forcejeo entre los dos, cayendo este último al suelo a causa del fragor de la pelea, y sufriendo como consecuencia de la caída una fractura subcapital del hombro derecho. Pues bien, se plantea que trascendencia tiene que el lesionado fuera quien inició la pelea y consiguientemente se puso en peligro agrediendo a Federico. Es decir, la relevancia de la conducta previa de la víctima a efectos de imputar o excluir la imputación del imputado.

#### **4. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.**

Existen algunas conductas que para ser relevantes para el Derecho penal, han de poseer alguna finalidad o intencionalidad específica. De suerte que si no contienen ese especial ánimo del sujeto, no interesan y no comportan el significado necesario para crear un riesgo o para dañar el bien jurídico protegido. Por consiguiente, el legislador, al describir estas conductas en la norma, lo hace mencionando expresamente la referencia anímica, intencional o finalística, sin la cual la conducta es absolutamente irrelevante. En definitiva, estas referencias al ánimo, a la intención o a la finalidad con la que actuó el sujeto, pertenecen al tipo, pues sin ellas el comportamiento no significa nada para el Derecho penal. De ahí que a este conjunto de referencias subjetivas intencionales o anímicas se les llame “elementos subjetivos del tipo”.

Los modernos textos punitivos, como es el PCP, contienen múltiples delitos descritos con elementos subjetivos. Destacan por su trascendencia los delitos contra el patrimonio, donde “el ánimo de lucro” (de apropiación o de enriquecimiento) es fundamental para determinar si una conducta es o no constitutiva de delito. Y por ello esta clase de elementos subjetivos se denominan “de intención”.

No es lo mismo coger un abrigo de piel con la intención de probárselo, que con la intención de apropiárselo (ánimo de lucro). No es igual tomar una pluma estilográfica de gran valor para probar su escritura, que tomarla con ánimo de apropiarla.

Lo mismo sucede en los delitos contra la libertad sexual, en los que los actos, movimientos o tocamientos corporales deben ser realizados con “ánimo libidinoso, de lujuria o de satisfacción del instinto sexual”. Estos elementos subjetivos son denominados “de tendencia interna trascendente”.

Una palmada en el trasero, los abrazos y besos de jugadores al celebrar un gol, no constituyen un atentado a la libertad sexual del goleador, pues no existe el ánimo libidinoso requerido en el tipo correspondiente. Tampoco son atentados a la libertad sexual los gestos de afecto entre familiares y amigos.

También puede decirse lo mismo en el delito de falso testimonio, que castiga precisamente la discordancia entre lo que el sujeto relata y lo que realmente sabe. En este caso, esta clase de elementos subjetivos reciben el nombre de “expresión”.

El testigo que se equivoca en la descripción del presunto asesino no comete falso testimonio, porque por la escasa iluminación confundió el color de sus ropas. Pero si comete este delito, el testigo que reconociendo la marca y color del vehículo causante de un atropello, conscientemente declara haber visto otra marca y otro color.

Son igualmente característicos los delitos contra el honor, pues tanto injurias como calumnias se encuentran descritos con el elemento subjetivo del ánimo *injuriandi*, sin el cual la conducta es irrelevante para el Derecho penal. Es decir, el sujeto ha de perseguir lesionar el honor y atentar contra la dignidad de la víctima.

No es igual insultar a una persona con ánimo de injurarlo faltando a su honor, que hacerlo simplemente con la intención de gastar una broma en una reunión familiar, o de corregir a un hijo por sus padres o a un estudiante por el educador.

Finalmente, con relación a los delitos descritos con elementos subjetivos, ha de tenerse en presente que jamás pueden realizarse por imprudencia, pues ésta resulta incompatible con la presencia de estos elementos anímicos. Así, por ejemplo, no es posible robar imprudentemente: O bien existe ánimo de apoderamiento o no existe, pero no puede alegarse que se hizo por negligencia, o que se apoderó por descuido, sin querer. De modo que esta clase de delitos sólo pueden cometerse dolosamente, si bien no hay que confundir ambos conceptos.

## 5. RECAPITULACIÓN

- ¿Recuerda las características fundamentales de la conducta?
- ¿Es relevante para el Derecho penal la muerte ocasionada por un animal? ¿Por qué?
- ¿Qué problema plantea la conducta criminal realizada por un sonámbulo?

- Cuestiones suscitadas por la conducta delictiva de falsificar una Denuncia, realizada por una persona que está amenazada de muerte si no lo hace.
- Describa las características esenciales de la comisión por omisión.
- Cite un ejemplo de delito de comisión por omisión.
- Cite un ejemplo de delito de omisión propia.
- Cite un ejemplo de delito de omisión pura de garante
- Cite un ejemplo de delito de resultado.
- Es posible imputar el resultado del robo a la conducta del vendedor de las ganzúas utilizada por el ladrón para entrar en la morada de la víctima.
- ¿Qué trascendencia tiene la conducta de la víctima si ésta contribuye a causar el resultado lesivo que recae sobre ella misma?
- Cite dos ejemplos de delitos descritos con elementos subjetivos.
- ¿Puede cometerse una injuria por imprudencia?

# TEMA VIII: LAS FASES DE REALIZACIÓN DEL HECHO TÍPICO (ITER CRIMINIS)

*SUMARIO: 1. Introducción: fase interna y fase externa. 2. Los actos preparatorios punibles. 3. Tentativa. 4. Desistimiento y arrepentimiento. 5. Consumación. 6. Recapitulación.*

## 1. INTRODUCCIÓN: FASE INTERNA Y FASE EXTERNA.

Cualquier hecho humano puede descomponerse en diversas fases o etapas. Por ejemplo, una jugada de balonmano transcurre en varias secuencias: Un jugador piensa una jugada, después la marca a sus compañeros, y la inicia pasando la pelota a otro jugador, que tira y marca el gol. Pues exactamente igual ocurre con la clase de hechos humanos que llamamos delitos, esto es, con aquéllos hechos tipificados en las leyes penales. Y cada una de estas fases posee un distinto significado y, por tanto, un diferente tratamiento punitivo.

Así pues, un delito no nace de la nada, sino que discurre a través de un proceso en el que se distinguen diversas fases. Es decir, la realización de cualquier hecho delictivo recorre un camino más o menos largo según cada caso. Este camino, proceso o sucesión de etapas recibe el nombre de *iter criminis*. Comienza desde que alguien alumbró la decisión de cometer un hecho delictivo; continúa con su preparación; después con el comienzo de la ejecución; sigue con el desarrollo de los actos ejecutivos; luego con la conclusión de los mismos; y por fin, en su caso, con la producción del resultado típico, e incluso puede hablarse de la terminación y del agotamiento del delito. En estas líneas es necesario describir todas las posibles fases, pero en la realidad en unas ocasiones se verifican todas, mientras que en otras el hecho queda inconcluso en alguna de las fases iniciales o intermedias descritas. Es así como aparecen en Derecho penal los conceptos de actos preparatorios, tentativa, desistimiento, y en su caso consumación. Comencemos pues a analizar cada una de estas posibilidades.

Tradicionalmente se distinguen dos grandes fases de realización del hecho criminal. La primera recibe el nombre de *fase interna*, estando integrada por todos los momentos en los que se va formando la voluntad criminal. Estos momentos son la *ideación*, la *deliberación* y la *resolución criminal*, esto es, la decisión de cometer el hecho delictivo. Sin embargo, todos estos momentos integrantes de la *fase interna* son por sí mismos completamente irrelevantes para el Derecho penal. Y son irrelevantes, porque como ya advertimos en el tema anterior, el pensamiento por sí sólo no es punible, siendo absolutamente imprescindible la exteriorización de la voluntad. Con otras palabras, para que exista un hecho humano, ha de haberse manifestado o exteriorizado la voluntad criminal, cosa que no sucede en esta *fase interna*. De ahí que esta fase sea impune, pues al no existir exteriorización de la conducta, no existe peligro alguno, constituye una esfera de intimidad vedada al Derecho penal, y por otra parte, resulta imposible demostrar.

Por tanto, es la llamada *fase externa* la que resulta de interés para el Derecho penal. Esta fase comporta la existencia de una *voluntad criminal*, intención, resolución o propósito de cometer un hecho delictivo, que ha sido ya exteriorizada, manifestada y en

consecuencia es posible ser conocida o percibida por los demás. Desde este instante el Derecho penal ya puede castigar esa conducta, aunque eso no significa que deba castigarla siempre y en todo caso. Y también debe considerarse si políticamente el Legislador quiera o estime conveniente hacerlo.

Nuevamente aparece otra frontera esencial, es decir, otro salto cualitativo entre las diferentes fases de realización. Y esta nueva frontera viene representada en el *inicio de la ejecución* del hecho. De modo que existe un antes y un después en la *fase externa*: El antes viene integrado por todos los actos que únicamente constituyen actos de *preparación* del delito. El después está integrado por aquellos actos que ya *ejecutan* el correspondiente delito; es decir, son actos que realizan total o parcialmente la conducta típica descrita en la ley penal.

Naturalmente para poder determinar si un acto ha de calificarse como acto preparatorio o como acto ejecutivo, sólo tenemos un criterio válido, que es acudir a la conducta típica. Es decir, comprobar en la correspondiente figura delictiva cómo está descrita la conducta típica, y así decidir si este o aquel acto supone una ejecución o desarrollo de la misma, o sí por el contrario únicamente suponen su preparación. Todo dependerá de la conducta típica, esto es, del verbo empleado y de las demás características del tipo correspondiente.

Por ejemplo, si Juan propone a Pedro matar entre ambos a Sebastián, no han comenzado a ejecutar la acción de matar y únicamente están preparando su comisión mediante una voluntad ya exteriorizada. En cambio, cuando Rafael apunta con su arma con intención de disparar y matar a Jorge, ya ha comenzado a realizar la conducta típica de matar.

## 2. LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Llegados a este punto, ya podemos definir los *actos preparatorios*, diciendo que por *actos preparatorios* hay que entender toda actividad externa (voluntad manifestada) que está orientada a facilitar la realización ulterior de un delito. Mientras que *actos ejecutivos* son aquellos que suponen el inicio, principio o comienzo de la realización de la conducta típica correspondiente (se trata en definitiva de *actos consumativos*). Así pues, el *comienzo de la ejecución* fija una segunda diferencia esencial dentro de las fases de realización del hecho delictivo. Diferencia fundamentada en el distinto grado de peligro que una y otra representan para el bien jurídico protegido. Y esta diferencia se traduce en un distinto sistema de castigo de una y otra clase de actos, pues mientras los *actos ejecutivos* se castigan siempre, los *actos preparatorios* sólo se castigan excepcionalmente. Pero téngase en cuenta que el concepto jurídico de *actos preparatorios*, no coincide con el entendimiento común o vulgar de preparación de un delito, y se trata como inmediatamente comprobaremos, de un concepto estrictamente normativo.

Este es el modelo seguido en la inmensa mayoría de los países occidentales, y también en el PCP nicaragüense de 2003. En sus artículos 31 y 32 se regulan los actos preparatorios y su castigo. En primer lugar sólo se definen tres clases de *actos preparatorios*, pues únicamente éstos merecen la sanción penal. Y en segundo lugar, ni siquiera se castigan estos siempre, es decir, respecto a cualquier delito, sino que sólo se castigan cuando existe un precepto en el Código Penal donde expresamente se dice que respecto a un delito o grupo de delitos deben castigarse los actos preparatorios. Sigue

pues el PCP un sistema de *numerus clausus* o de incriminación tasada de los mismos. Y lo hace castigando los actos preparatorios únicamente con relación a determinados delitos, que naturalmente son los más graves (o sea, los que tutelan los bienes de superior jerarquía y valor social).

Así, por ejemplo, en el PCP de 2003, se castigan expresamente *los actos preparatorios* con relación a los siguientes delitos: homicidio, parricidio, asesinato, manipulación genética y clonación de células, manipulación genética para producción de armas biológicas, lesiones leves, lesiones graves y lesiones gravísimas (art. 162); corrupción sexual de menores, proxenetismo, rufinaria o tráfico de personas (art. 181,2°); receptación y lavado de dinero (art. 287,1°); la conspiración para terrorismo (art. 379); conspiración para cometer traición (art. 386); conspiración para rebelión (art. 401); rebelión (art. 469,2°). En estos preceptos se determina expresamente la sanción a imponer, que generalmente es una pena atenuada cuyo límite máximo será el límite inferior de la pena prevista por la Ley para el delito que se trate, y cuyo límite mínimo será la mitad de aquél. Fuera de estos casos donde expresamente se castigan, los actos preparatorios son impunes, como literalmente proclaman los arts. 31,3° y 32,2° del PCP.

Pues bien, el PCP nicaragüense define tres clases de *actos preparatorios* punibles, que son: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir.

La conspiración para delinquir se define en el artículo 31,1° del PCP, y existe “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. La definición legal comporta la concurrencia de tres notas: concurrencia de dos o más personas; pacto, acuerdo o concierto de voluntades de todos ellos para llevar a cabo el delito; y decisión o resolución de cometer un hecho delictivo. Existe pues una voluntad común exteriorizada.

Ejemplo: Andrés, Fernando y Francisco se reúnen y acuerdan cometer un delito de robo, planificando el lugar, día y hora, así como los medios para entrar en el inmueble y los objetos que esperan sustraer.

El segundo acto preparatorio punible es la proposición, que viene definida en el artículo 31,2° del PCP, diciendo que “*existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo*”. De modo que la proposición requiere: que un sujeto, el que propone, ya posea la resolución de cometer un hecho delictivo concreto; y segundo, que la *invitación* al otro u otros no basta con que sea una invitación a participar en un hecho delictivo, sino que ha de consistir en una invitación para *ejecutar* el delito, es decir, para realizarlo junto con el proponente, todos como coautores.

Ejemplo: Francisco, que ya ha tomado la decisión de darle una paliza a Ángel, propone a sus amigos Manuel y Vicente que entre los tres golpeen a la víctima hasta darle un escarmiento.

La tercera clase de acto preparatorio punible es la provocación, apología e inducción, definida en el artículo 32 PCP. Así, en el numeral primero se define la provocación, al decir que “*existe provocación cuando directamente o indirectamente, pero por medios adecuados para su eficacia, se incita a la realización de un delito*”. Los requisitos de la provocación son los siguientes: existencia de una incitación directa, es decir, de una persona que realiza actos dirigidos a que otro u otros se decidan a cometer un delito; el provocador, a diferencia del proponente (proposición) no tiene la intención de cometer el delito, pues únicamente pretende que sean otros los que lo realicen. Un segundo requisito consiste en la necesidad de que la provocación se realice a través de un medio público o ante una colectividad de personas, esto es, que sea



adecuada para ser eficaz. Tercero, la provocación ha de dirigirse a la realización de uno o varios hechos delictivos concretos, no siendo suficiente una invitación genérica a delinquir.

Por ejemplo, el Alcalde de *Villablanca* invita, durante una alocución en la emisora local, a que todos los vecinos expulsen violentamente del término municipal, a cualquier extranjero que encuentren en el pueblo. Pues bien, aunque nadie le hiciera caso, la conducta ya debería castigarse como provocación al delito de lesiones. Y si algunos vecinos secundaran la invitación del Alcalde, éste entonces sería castigado como inductor. No sería provocación si esta misma actividad la lleva a cabo el Alcalde en privado en una conversación con dos amigos, siempre que luego ninguno de los dos realice la conducta, pues si alguno le hace caso y actúa, el Alcalde podría ser castigado, en su caso, como inductor (art. 32,3º PCP).

En el artículo 32,2º del PCP se regula la apología como una forma o clase de provocación, al decir que “*el que ante una concurrencia de personas, ensalce el crimen o enaltezca a su autor y partícipes, realiza a efectos de este Código, apología. La apología sólo será delictiva como forma de provocación si por su naturaleza y circunstancias constituye, con los requisitos del apartado 1º, una incitación directa a cometer un delito*”. Por tanto, al ser considerada como una forma de la provocación ha de reunir todos y cada uno de sus requisitos. Lo único que cambia es la forma de provocar para que otros cometan un delito, pues aquí consiste en una incitación directa mediante la defensa del delito o de los delincuentes, ante una concurrencia de personas.

Ignacio, al concluir una manifestación autorizada (legal), toma la palabra y públicamente elogia y defiende a varios condenados por asesinato de policías, considerando la necesidad de seguir actuando de este modo, y de hacerlo inmediatamente con los policías que vigilan el desarrollo de la manifestación.

Pero no se considera apología el ejercicio de la libertad de pensamiento, de expresión y el derecho de información que no contravenga los preceptos y principios constitucionales y las leyes especiales (art. 32,2º).

Si la provocación es seguida de realización del hecho delictivo por parte de alguna persona, al provocador se le castigará como inductor (art. 32,3º PCP).

Por otra parte, todos los actos preparatorios requieren la concurrencia de un doble elemento subjetivo: la voluntad de conspirar, proponer o provocar, y, además, la voluntad de que se realice el concreto delito o delitos que se están preparando.

Pues bien, hasta aquí llegan los *actos preparatorios* punibles, y a partir de este momento comienzan a realizarse los *actos ejecutivos* en los que el sujeto o sujetos ya dan inicio a la ejecución o realización del correspondiente delito, de forma que practican alguno o todos los actos de la conducta típica respectiva. Y una vez comenzada la ejecución del hecho delictivo, éste puede quedar en fase de tentativa o frustración si no se alcanza el resultado o si no se realizan todos los actos ejecutivos necesarios (se trata entonces de una *forma imperfecta* de realización del hecho); o bien quedar definitivamente consumado si se produce el resultado típico (en los delitos de resultado) o si se realizan todos los actos ejecutivos típicos (en los delitos de mera actividad). A continuación pues, se estudian la tentativa, la frustración y la consumación.

### 3. TENTATIVA

El art. 27,1º declara que “*son punibles el delito consumado, el delito frustrado y la tentativa de delito*”. Por su parte, el numeral segundo de este mismo precepto advierte que las faltas, excepto aquellas contra las personas y el patrimonio, sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas.

El PCP nicaragüense define la frustración en el art. 28,2º: “*Hay frustración cuando la persona, con la voluntad de realizar un delito, practica todos los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes o ajenas a la voluntad del sujeto*”.

Por su parte, el art. 28,3º define la tentativa en el artículo: “*Hay tentativa cuando el sujeto, con la voluntad de realizar un delito, da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero sólo ejecuta parte de los actos que objetivamente deberían producir la consumación, por cualquier causa que no sea el propio y voluntario desistimiento*”.

De este concepto legal pueden extraerse las notas esenciales de esta fase de realización del hecho que llamamos frustración y tentativa, que constituyen *formas imperfectas* de realización del hecho criminal. Ambas comparten características comunes.

La primera nota esencial viene constituida por el llamado elemento objetivo de la tentativa y frustración. Este consiste en dar comienzo a la ejecución, es decir, en *intentar* llevar a cabo el delito. Así pues, la tentativa y la frustración implican el principio de la ejecución del hecho delictivo. Por tanto, la tentativa, o lo que es lo mismo, el *intentar*, va más allá de la ideación, deliberación y resolución (fase interna) y también va más allá de la preparación del delito. *Intentar* (tentativa) es equivalente a comenzar a ejecutar mediante actos consumativos o realizar la conducta típica correspondiente pero sin que se produzca el resultado típico.

Comete tentativa o frustración de homicidio quien *intenta matar* a otra persona, es decir, quien realiza actos de matar (que es la conducta típica del homicidio y del asesinato), como, por ejemplo, disparar un arma de fuego apuntando a la cabeza de la víctima, clavar en zonas vitales una navaja; echar veneno en la comida; colocar un explosivo adherido a los bajos del automóvil, etc. Todas estas conductas pueden ser calificadas como tentativa o frustración de homicidio o asesinato, pues concurre el elemento objetivo de la misma. Si, además, concurre el elemento subjetivo (voluntad) y la no producción del resultado debido a causas ajenas a la voluntad del autor, definitivamente habrá de calificarse como una tentativa o una frustración conforme al artículo 28 con relación a los artículos 138 ó 140 del PCP.

En segundo lugar, la tentativa y la frustración precisan de un elemento subjetivo, que al igual que en los actos preparatorios, exige una voluntad de llevar a cabo los actos ejecutivos realizados y, además, también ha de abarcar como finalidad la realización total, o sea, la consumación del hecho delictivo concreto. En este sentido, tanto el numeral segundo (frustración), como el numeral tercero (tentativa) del art. 28, requieren expresamente “*con voluntad de realizar un delito*”.

Respecto a los ejemplos antes expuestos, el elemento subjetivo requiere que el sujeto quiera disparar, quiera clavar el arma blanca, quiera envenenar o quiera la explosión y, además, en todos ellos quiera que produzcan el resultado muerte.

Y existe una tercera característica común de la tentativa y de la frustración, que es la no consumación del delito. Y la no consumación del delito se tiene que deber a *causas independientes de la voluntad del autor*, en el caso de la frustración (art. 28,2°), o bien “*a cualquier causa que no sea el propio y voluntario desistimiento*”, para la tentativa (art. 28,3°). Porque como acabamos de afirmar al estudiar el elemento subjetivo, el sujeto *quiere* llegar hasta el final (consumación), pero, sin embargo, ésta no se produce, y no se produce por causas ajenas, externas e independientes de la voluntad del autor. Por esta razón, la tentativa y la frustración son *formas imperfectas de realización del hecho*, puesto que ninguna de las dos alcanzan la finalidad perseguida en todo delito que es su consumación.

Ahora bien, la no producción del resultado que caracterizan a la tentativa y a la frustración, implica fundamentalmente que el intento ha fracasado, bien porque no se completa la ejecución (*tentativa* o tentativa inacabada); o bien porque aunque se haya completado la ejecución el resultado no se ha producido por causas ajenas (*frustración* o tentativa acabada). Pero en ambos casos, la consumación no se produce por causas distintas y ajenas a la voluntad del autor. Ya que si es el propio autor quien evita la producción del resultado, entonces nos encontramos ante el *desistimiento voluntario* que estudiaremos a continuación.

Ejemplos de tentativa y frustración serán los antes citados, cuando el sujeto que dispara queriendo matar, no alcanza su objetivo porque la víctima se aparta, o porque le alcanza sólo en un brazo, o porque alguien lo sujeta, o porque alguien le desvía la trayectoria, o simplemente porque yerra el disparo por su mala puntería. También existirá tentativa o frustración de homicidio si no consigue clavar la navaja al apartarse la víctima, o al conseguir detener el brazo, o porque un tercero lo desarma, o porque sólo consigue herirlo. En el caso del veneno, habrá tentativa si el sujeto pasivo no toma el plato envenenado, o porque después de tomarlo los médicos salvan su vida suministrándole un antídoto. Y en el supuesto del explosivo, habrá tentativa si el artefacto no explota por un defecto del detonador o porque aunque explote no logra acabar con la vida de la víctima.

Es importante destacar que el nuevo Proyecto Código Penal de 2003 mantiene la tradicional diferencia entre *tentativa* y *frustración*. En la práctica no siempre resulta sencillo establecer la diferencia. En teoría, existirá frustración cuando el sujeto practica *todos los actos ejecutivos* (de ahí que también se hable de *tentativa acabada*). Por el contrario, habrá tentativa cuando el sujeto da comoienzo a la ejecución, *pero sólo ejecuta parte de los actos que objetivamente pueden producir la consumación* (por ello igualmente se le denomina *tentativa inacabada*).

Por otra parte, la frustración se sanciona de acuerdo a lo dispuesto en el art. 73 y la tentativa se castiga conforme a lo dispuesto en el artículo 74, que ambos casos obliga a reducir la pena, considerando, a discrecionalidad del juez, la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto.

Por último, existe una polémica acerca de si han de castigarse o no los llamados supuestos de *tentativa inidónea*, *tentativa irreal* y *delito imposible*. Es decir, aquéllos supuestos donde los medios utilizados son insuficientes para lograr el resultado (el arma está descargada; la pistola es de fogueo), o bien se trata de medios *supersticiosos* (intentar matar a alguien mediante un conjuro) o incluso porque ya no existe bien

jurídico protegido (se dispara sobre alguien que ya está muerto). Con el nuevo Proyecto de Código Penal de 2003, parece que ha de descartarse esta posibilidad, puesto que acentúa la definición objetiva de tentativa y frustración, y a la vez dispone expresamente en su art. 30 que “*no será sancionada la tentativa o la frustración cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito*”. Con ello en efecto se reduce y restringe considerablemente su consideración como tentativa. Pero ha de advertirse que no la descarta siempre y en todo caso, puesto que usa la expresión “*absolutamente imposible*”. De suerte que, sólo cuando los actos ejecutivos realizados comporten un mínimo de peligro para el bien jurídicamente protegido y, por tanto, sean idóneos, aunque sea relativa o potencialmente, podrá castigarse por tentativa. Así pues, ha de diferenciarse entre dos clases de tentativas inidóneas: *inidoneidad absoluta* que será impune y los casos de *inidoneidad relativa*, que si deberá castigarse como tentativa.

Hay múltiples ejemplos reales. Por ejemplo, no socorrer a la víctima de un accidente, aunque luego se comprueba que murió en el acto. Tratar de causarse un aborto mediante lavados con jabón. Intentar abortar cuando en realidad la mujer no estaba embarazada. No socorrer a la víctima porque ya estaba siendo atendida por otros. O disparar con intención de matar contra alguien que en realidad ya estaba muerto, o que ya no estaba dentro del vehículo aparcado.

#### **4. DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO**

Otra novedad en esta materia del nuevo Proyecto de Código Penal nicaragüense de 2003, consiste en la regulación expresa del *desistimiento* y del *arrepentimiento*. Así, los apartados primero, segundo y tercero del artículo 29 dan respuesta al fenómeno del desistimiento o del arrepentimiento voluntario del autor para consumar el delito.

El artículo 29,1º del PCP señala que: “*Quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa o la frustración, la persona que desista eficazmente de la ejecución o consumación del delito por su propia voluntad. Sin embargo, responderá penalmente por los actos de ejecución que por si mismos ya sean configurativos de delito*”.

Es decir, el PCP distingue dos supuestos, que son el *desistimiento* y el *arrepentimiento*. En el primero, nos encontramos ante supuestos de *tentativa inacabada* (no se han realizado todos los actos ejecutivos) porque el sujeto decide no acabar de ejecutar el hecho (desistimiento). En el segundo, en casos de *tentativa acabada* (ya ha practicado todos los actos ejecutivos necesarios) decide evitar la producción del resultado aunque ya haya acabado de realizar todos los actos ejecutivos (arrepentimiento).

Pero en ambos supuestos se requiere de dos elementos esenciales. Primero, la voluntariedad, es decir, que la decisión de desistir o arrepentirse sea libre y espontánea, sin que venga impuesta la decisión por la dificultad, o por el miedo a ser detenido y castigado. Y segundo, que se evite la consumación del delito.

Ejemplo de desistimiento, el sujeto quiere herir a la víctima con un arma de fuego larga; cuando ya lo tiene encañonado dispara sin alcanzarlo y ante el riesgo de causarle la muerte o herir a terceros, desiste de seguir disparando. No sería aplicable el desistimiento, cuando el autor deja de robar porque ha sido descubierto o porque sabe que va a ser detenido.

Pero el artículo 29,1º también hace referencia a casos donde aunque el sujeto desista o se arrepiente, los actos ya practicados constituyen delito. Estos supuestos reciben el nombre de *tentativa cualificada*, y se solucionan con la impunidad respecto del delito que se inicia pero del que se desiste (no existe consumación), pero castigando por el otro delito ya consumado.

Por ejemplo, Andrés que quiere matar a Juan, dispara su arma alcanzándole en una pierna y causándole heridas. Herido Juan en el suelo y sin poder huir, queda indefenso, pero Andrés se arrepiente y voluntariamente decide no consumir el asesinato. Por tanto, impunidad por arrepentimiento voluntaria del delito de asesinato, pero castigo por delito de lesiones (*tentativa cualificada*).

Por su parte, en el artículo 29,2º del PCP se contienen una regulación específica del desistimiento y arrepentimiento para casos de varios autores o partícipes. Es decir, cuando son varias las personas que intervienen en la comisión de un delito, y unos desisten o se arrepienten, mientras que otros no lo hacen. Aquí el criterio esencial descansa en la actitud personal de cada uno de los codeincuentes.

El artículo 29,2º del PCP dispone: “*Si en el hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal sólo aquel o aquellos que voluntariamente desistan de la ejecución e impidan o intenten seriamente impedir la consumación*”.

Así, Andrés y Fernando se proponen robar a Francisco. Para ello lo sujetan con fuerza, le intimidan con sendas navajas, y ante su resistencia le hieren de gravedad en el abdomen. Andrés se apodera de todos los objetos de valor de la víctima, dándose a la fuga. Por el contrario, Fernando preocupado por la evolución de las heridas, desiste de robar y demanda auxilio. Por tanto, Andrés será responsable de un delito de robo y de otro de lesiones consumados. Y Fernando, responderá por lesiones consumadas, pero no del delito de robo.

Por fin, en el numeral tercero de este mismo precepto, se advierte que en ambos casos, la exención de responsabilidad no alcanzará a la responsabilidad de los actos ya ejecutados que por si mismos ya fueran constitutivos de delito.

Por ejemplo, un sicario entra en una vivienda para matar al padre, pero al comprobar que tiene hijos pequeños, desiste de matarlo, aunque ya ha comenzado a golpearle. El desistimiento es válido sólo en relación a al intento de homicidio, pero no para las lesiones ya causadas.

## 5. CONSUMACIÓN

La consumación consiste en la realización de la totalidad de los elementos del tipo que se examine. La consumación es la plena realización del tipo. Y así se define en el art. 28,1º del PCP: “*Un delito se considera consumado cuando el autor realiza todos los elementos del delito*”.

Ahora bien, en los delitos de *mera actividad* y de *omisión propia*, la consumación existe desde el momento que se realiza toda la conducta o se deja de hacer la conducta prescrita, sin necesidad evidentemente de exigir un resultado, pues éste no lo requiere el tipo. Basta pues para la consumación, la simple realización de la actividad típica o de la inactividad requerida (omisión).

Así, el delito de violación se consume con la penetración mediante violencia o intimidación, no necesitando que se produzca ningún resultado (lesiones, muerte, embarazo). De igual forma, el delito de

omisión del deber de socorro se consuma desde el momento que alguien deja de socorrer a la víctima, sin que se exija que ésta sufra otros males (muerte, lesiones, etc.).

Sin embargo, en los *delitos de resultado* y en los de *comisión por omisión*, la consumación exige, además, de la realización completa de la conducta típica, la producción del resultado típico.

En el delito de aborto la consumación precisa la destrucción o muerte del feto. Y un homicidio en comisión por omisión se requiere que la omisión haya determinado la muerte.

Por otra parte, hay delitos en los que la consumación se produce en un instante, mientras que en otros puede distinguirse entre un inicio y una finalización de la consumación. Es decir, la consumación se prolonga en el tiempo, de forma que la consumación es continua. En estos últimos es muy importante distinguir ambos momentos para poder fijar la competencia de los tribunales y la participación de otras personas. Esta problemática acontece en los llamados *delitos de estado* y también en los denominados *delitos permanentes*.

Esto ocurre, por ejemplo, en el delito de bigamia (la consumación se inicia desde el momento de contraer el segundo matrimonio y continúa mientras no se disuelve). Y también sucede en el delito de detenciones ilegales, pues la consumación se inicia desde el instante en que se priva de libertad a la víctima, pero no finaliza hasta que se pone en libertad. De modo que, si está secuestrado durante dos meses, durante todo este tiempo el delito sigue consumándose.

Por último, debe tenerse en cuenta que como dispone el artículo 72,1º PCP, cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone para el delito correspondiente en grado de consumación. De modo que si la realización queda en fase de tentativa o de frustración, la pena a imponer ha de atenuarse conforme a lo prescrito en los arts. 73 74, partiendo siempre de la penalidad señalada en la figura legal correspondiente, que es la referida al delito consumado. Esa regla sin embargo se exceptúa en los casos donde la ley, expresamente, castiga la tentativa especialmente, o también en supuestos que castiga con la misma pena la tentativa y la consumación (estos supuestos reciben el nombre de “tipos de empresa”).

Un ejemplo de tentativa especialmente castigada la encontramos en el art. 464, “*requiera o acepte*” (delito de rebelión) y un ejemplo de castigo semejante de la tentativa y de la consumación lo hallamos en el art. 425, pues es indiferente que se logren o no los objetivos perseguidos (delito de cohecho).

## 6. RECAPITULACIÓN

- ¿Se puede castigar a alguien que idea la muerte de otro?
- Enumerar los actos punibles que castiga el PCP nicaragüense de 2003.
- Definir la apología.
- Cómo se castiga al provocador (provocación) que tiene éxito, es decir, en la que los provocados llevan a cabo la conducta delictiva.
- Con qué penalidad se castiga la tentativa.
- Diferencia entre tentativa y frustración.

- Clases de tentativa.
- Citar un ejemplo de tentativa inidónea.
- ¿Qué es la tentativa cualificada?
- ¿En qué consiste la consumación en un delito de resultado?





# TEMA IX: LOS SUJETOS DEL HECHO TÍPICO

SUMARIO: 1. *El sujeto activo.* 2. *Autoría y participación.* 3. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* 4. *El sujeto pasivo.* 5. *Recapitulación*

## 1. EL SUJETO ACTIVO

Al analizar tanto el concepto de conducta típica como en la misma definición de delito, ya se advirtió que al Derecho penal únicamente le interesan *conductas humanas*. Por consiguiente, toda conducta humana está, como es obvio, realizada por una persona humana. De modo que las normas penales, al describir las conductas relevantes (típicas) para el Derecho penal, lo hacen necesariamente refiriéndose al sujeto activo de las mismas, pues no puede hablarse de conducta humana sin un sujeto que la realice. Puede decirse que el concepto de sujeto activo viene predeterminado por la idea de capacidad de acción.

Y en efecto, ambas categorías, conducta típica y sujeto activo, se hallan profundamente unidas, hasta tal punto que se condicionan una a la otra de forma decisiva. Así, según se describa en la norma una determinada conducta, condicionará los sujetos que pueden realizarla. Y a la inversa, la norma al describir los sujetos activos también puede delimitar las conductas relevantes, pues sólo importarán las conductas cometidas por determinada clase de sujetos que posean unas características predeterminadas. De suerte que la descripción en la norma del sujeto activo, delimita el ámbito de personas que pueden realizar la conducta; esto es, delimita quiénes pueden ser los autores materiales.

Pues bien, esta vinculación entre ambas, originada en la forma en que la norma penal describe la conducta y el sujeto activo, origina una importante clasificación de los tipos penales. Y esta clasificación comporta que unas conductas podrán ser realizadas por cualquier persona, mientras que otras conductas sólo podrán ser realizadas por aquellas que reúnan las características exigidas al describir la conducta o al describir el sujeto activo. En este último caso, el círculo de posibles autores materiales se cierra y circunscribe a las personas que posean las características requeridas en la norma, y sólo a ellas. Es pues la norma penal la que al definir la conducta del modo que estime oportuno, condiciona el sujeto activo de la misma.

Por ejemplo, si la ley define como delito la conducta de conducir vehículos, ya está condicionando el ámbito del sujeto activo de esta conducta, pues sólo podrán serlo quienes efectivamente conduzcan, esto es, los conductores (quienes accionen los mandos del vehículo). O al definir el delito de prevaricación judicial requiere que sea “Juez o Magistrado”, luego quien no posea esa condición nunca podrá ni ser sujeto activo ni cometer la conducta de prevaricación.

Cuando la descripción de la conducta y del sujeto activo no precisa ninguna característica determinada para ser autor material de la misma, nos encontramos ante *delitos (tipos) comunes*, es decir, que pueden ser realizados por cualquier persona humana. Desde luego, la mayoría de los delitos son *tipos comunes*, es decir, están descritos de forma que cualquiera puede llevar a cabo la conducta típica y, por tanto, ser autor material.

Por ejemplo, el homicidio, asesinato, aborto, lesiones, amenazas, coacciones, robo, hurto, estafa, extorsión, daños, incendios, atentados, etc. Todas estas conductas pueden ser cometidas, esto es, sus autores materiales, pueden ser cualquier persona, pues cualquiera puede matar, lesionar, causar un aborto, amenazar, coaccionar, robar, hurtar, estafar, destrozar, incendiar, etc. No se necesita ninguna característica determinada para ser sujeto activo. Y no se necesita precisamente porque la conducta típica puede realizarla cualquier persona. Generalmente los *delitos comunes* vienen descritos mediante la fórmula “*Quien*”, “*El que*”; “los que”; “*al que*”, etc.

Pero en otras ocasiones, la norma penal condiciona las personas que pueden ser autores materiales de la conducta típica, y lo hace exigiendo determinadas características, sin las cuales, ese delito en concreto no podrá apreciarse. Y no podrá apreciarse por alguna de estas tres razones: En primer lugar, porque la conducta sencillamente es irrelevante cuando la realiza una persona no comprendida en la fórmula legal, es decir, que no posea las características exigidas. En segundo término, porque la conducta tal como está descrita en la ley, sólo puede ser realizada por personas que posean ciertas cualidades o características. Y tercero, porque si la persona que lo realiza no posee los requisitos requeridos, se aplicará entonces otro delito diferente y, por tanto, una pena distinta.

Pues bien, todos estos tipos penales que no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino únicamente por aquéllas que reúnan los requisitos normativamente precisados, reciben el nombre genérico de *delitos especiales*. Todos ellos tienen en común, que autores materiales exclusivamente pueden ser quienes reúnan las características o cualidades requeridas en la ley. Sin embargo, pueden a su vez distinguirse varias clases de los mismos, esto es, varias formas de configurar normativamente el sujeto activo.

En primer lugar, aparecen los *delitos especiales en sentido estricto* que son aquéllos en los que para la realización de su injusto se requiere necesariamente la concurrencia de una determinada cualidad personal. De modo que, las peculiaridades personales exigidas pertenecen a la misma esencia del delito, esto es, pertenecen al núcleo del mismo (o sea, al tipo de injusto).

Por ejemplo, son delitos especiales en sentido estricto, todos aquéllos que sólo pueden ser realizados por funcionarios públicos (v. gr., torturas, prevaricación, malversación, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, actividades prohibidas, etc.); o aquéllos que sólo pueden realizarse por personas unidas por parentesco con la víctima (así, abandono de familia, impago de pensiones, etc.). Es decir, se trata de delitos cuya esencia descansa precisamente en la persona que los realiza. Así, en los delitos de funcionarios públicos su misma esencia reside en precisamente en que sean funcionarios públicos sus autores, y no tiene sentido decir que los comete un particular. De igual forma, carece de sentido hablar de delito de abandono de familia entre personas que *no son familia*.

En segundo lugar, debemos referirnos a los *delitos especiales en sentido amplio o impropio*. En los mismos las particularidades de carácter personal contenidas en la norma no pertenecen al tipo de injusto, (es decir, no pertenecen a la esencia del delito), y su no concurrencia en el autor, determina únicamente un cambio del delito aplicable y de su penalidad, pero el tipo de injusto (la esencia del delito) sigue siendo exactamente la misma.

En el nuevo PCP de 2003 son muchos los supuestos en los que se acude a esta técnica legislativa. Así, por ejemplo, en los delitos de contra la vida privada y la inviolabilidad del domicilio (art. 198) son delitos que puede cometer cualquier persona, pero responden con una agravación o cualificación de la

pena, si son realizadas por autoridad o funcionario público. Lo mismo sucede en los delitos contra la libertad sexual, que aunque en principio pueden ser cometidos por cualquier persona, son agravados si son cometidos por familiares de la víctima (arts. 181,1º). En todos estos casos la esencia de los delitos es idéntica con independencia de la persona que los realice (privación de libertad o atentado a la libertad sexual), pero se considera de mayor gravedad si quien los comete posee una cualidad personal determinada, que justamente tendría que suponer que esa persona debería cuidar y defender con mayor intensidad el bien atacado.

Y en tercer lugar, encontramos los llamados *delitos de propia mano*, en los que la misma naturaleza de la conducta delictiva condiciona quienes pueden ser sujetos activos del delito, bien porque exigen un contacto corporal, o bien porque requieren una realización personal de la conducta.

Suelen citarse como ejemplo de *delitos de propia mano* algunas figuras de delitos contra la libertad sexual, los delitos de bigamia, y los delitos de conducción temeraria o de conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas.

## **2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.**

Cuando hablamos de autoría y participación nos situamos en el plano de la concreta realización de un hecho delictivo. Y entonces nos preguntamos qué persona o personas han cometido este hecho determinado, y en qué medida ha contribuido cada uno a su realización en la concreta forma en que se ha llevado a cabo. No se trata de una pregunta en abstracto, sino que se analiza ya una determinada y precisa comisión delictiva.

Esta materia viene regulada en los artículos 41, 42,43, 44 y 45 del PCP de 2003. En el nuevo texto ha desaparecido *el encubrimiento* como una forma de participación, pasando a ser tipificada como un delito autónomo contra la Administración de Justicia (art. 457 PCP). El artículo 41,1º dice que “*son penalmente responsables de los delitos y faltas los autores y los partícipes*”. Este precepto requiere una breve explicación.

Un hecho delictivo puede ser realizado por una sola persona, pero también por dos o más. Entonces, en caso de concurrencia de varias personas o de pluralidad de sujetos, surge la necesidad, y a la vez el problema, de determinar la contribución personalizada de cada uno de ellos al hecho criminal. Pues es obvio, que no todos llevan a cabo necesariamente los mismos actos, ni despliegan la misma actividad, y, por tanto, la importancia de su conducta no es la misma. Por consiguiente, el Derecho penal debe distinguir la clase de aportación de cada uno de los que intervienen en la realización de un hecho. Además, no debe olvidarse que la responsabilidad criminal es siempre personal, lo que exige que se precise y pruebe lo que cada uno ha realizado en concreto.

Pensemos en los siguientes ejemplos: En un robo, una persona puede haber observado la vivienda, sus características y los horarios de sus moradores; otro es quien ha entrado y sustraído el dinero; mientras que un tercero vigilaba desde el exterior. En otro supuesto podemos imaginar a un traficante de drogas que utiliza menores para su venta en la calle. En un tercer caso, en un delito de violación, dos personas agarran e inmovilizan a la fuerza a la víctima, mientras un tercero la penetra. Y finalmente, en una riña, varios agresores golpean al sujeto pasivo, pero antes de huir uno de ellos le asesta dos puñaladas que le causan la muerte.

Pues bien, de los ejemplos citados se infiere que hay personas que realizan la conducta principal (típica) y otros que simplemente le ayudan.

Recurriendo de nuevo a un ejemplo deportivo, decimos que autor de un gol es el último jugador que ha impulsado la pelota dentro de la portería y no decimos que es autor del gol el compañero que le ha dado la asistencia, sino que únicamente decimos de éste último que ha participado en la jugada. Y así podemos remontarnos a otros jugadores que también han participado en la misma desde el inicio; uno sacando de banda, otro engañando al defensa; y otro pasando al compañero que da el último pase. Y cada uno de los jugadores que intervienen con diferentes acciones u omisiones en la jugada, merecen una consideración diferente en función de su distinta contribución al gol marcado. Y en efecto a uno llamaremos autor del gol y a los otros partícipes del gol.

Pues de igual manera que analizamos una jugada deportiva, tenemos que hacerlo, trasladando estas simples consideraciones a la comisión de un hecho delictivo. Y ya en el ámbito del Derecho penal, aunque existen teorías doctrinales e interpretaciones jurisprudenciales que niegan esta diferencia, mayoritariamente se acepta como una cuestión de principio, la distinción entre los que son autores y los que son partícipes. Y la diferencia entre quienes son autores y quienes son partícipes se construye desde criterios estrictamente materiales. Y estos criterios materiales se asientan en la diferente naturaleza de los actos realizados. Así, la persona que realiza la conducta delictiva directamente, de forma que aparezca como su propio hecho, diremos que es autor. Es decir, quien mata, quien falsifica billetes, quien conduce temerariamente. Y no son autores sino partícipes, quienes prestan el arma homicida, quienes proporcionan el papel, o quienes acompañan y estimulan al conductor temerario.

En este sentido, el nuevo artículo 41,2º advierte que “*Los autores pueden ser directos, mediatos o coautores. Son partícipes los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices*”. Y se completa con el art. 42 del PCP que señala textualmente que “*son autores directos quienes realizan el hecho por si solos; coautores quienes conjuntamente realizan el delito, y autores mediatos, quienes realizan el delito por medio de otro del que actúa como instrumento*”.

Por tanto, en Derecho nicaragüense (art. 42 PCP), autor es aquélla persona que realiza directamente todo o parte del hecho delictivo, es decir, quien realiza algún acto ejecutivo descrito en la conducta típica respectiva. En definitiva, para decidir quien o quienes son autores de un hecho delictivo concreto, debemos relacionar el concepto legal de autor del artículo 42 del PCP con la respectiva conducta típica descrita en la figura delictiva de la Parte Especial.

Así, por ejemplo, en el delito de homicidio, autor será quien realice directamente actos de matar, como disparar, apuñalar, activar un explosivo, envenenar, etc. En un delito de robo, autor será quien realice directamente actos de apoderamiento de bienes muebles ajenos. En los delitos contra la libertad sexual, autor será quien directamente abuse o ataque sexualmente a otra persona.

Ahora bien, como expresa los citados arts. 41,2º y 42, pueden distinguirse varias clases de autoría. En primer término encontramos la *autoría única inmediata*, que no ofrece problemas específicos, pues su concepto se desprende literalmente del art. 42 (“*realizan el hecho por si solos*”) y se refiere a los casos de un autor único que realiza directamente el hecho delictivo, es decir, que solamente una persona comete el hecho en calidad de autor.

Por ejemplo, un individuo dispara contra otro causándole la muerte. Es autor único de un homicidio, con independencia que existan o no partícipes que le ayuden, pero en concepto de autor, sólo él es el responsable criminal.

Los arts. 41,2º y 42 contemplan una segunda modalidad de autoría, denominada *coautoría*, al decir que son autores quienes realizan el hecho “*conjuntamente*”. Se refiere a los supuestos donde dos o más personas, puestas de acuerdo, realizan colectivamente el hecho; es decir, que cada una de ellas ejecuta parcialmente el hecho delictivo, pero actuando en común. Para que pueda hablarse de *coautoría*, es necesario pues, que concurran dos requisitos: uno objetivo, consistente en la co-ejecución del hecho, y otro subjetivo, que es el acuerdo de voluntades entre todos ellos.

Por ejemplo, tres personas se ponen de acuerdo para secuestrar a la hija de un empresario: Así, los tres la acechan, la detienen introduciéndola en un vehículo, y por la fuerza la trasladan a una vivienda preparada al efecto. Entre los tres se reparten las funciones de vigilancia de la víctima durante el tiempo en que dure el secuestro.

La tercera y última modalidad de autoría se denomina *autoría mediata*, y también de forma expresa se regula en los arts. 41,2º y 42, al decir que son autores quienes realicen el hecho “*por medio de otro que actúa como instrumento*”. El autor mediato, también llamado *el hombre de atrás*, realiza la conducta como propia y, por tanto, es autor principal, pues en realidad utiliza a un tercero para cometer el hecho. De modo que la esencia de la *autoría mediata* es la instrumentalización del ejecutor material. Generalmente esta instrumentalización se lleva a cabo mediante el engaño del sujeto instrumentalizado que le conduce a un error, o mediante el uso de violencia, o intimidación. Por tanto, autor es quien se sirve del instrumento, al que manipula, para que aquél ejecute materialmente el hecho. Un problema distinto es la responsabilidad criminal de la persona instrumentalizada, que en unos casos no existirá y en otros sí concurrirá.

Ejemplos de autoría mediata. Un adulto, engaña a un menor para que entregue drogas a otra persona, haciéndole creer que transporta medicinas. Otro caso, cuando varios malhechores, mediante amenazas, violencia e intimidación, obligan a que el director de una oficina bancaria se apodere del contenido de las cajas fuertes y se las entregue al día siguiente.

Pero junto a la autoría, existe la participación. Son partícipes las personas que no realizan directamente el hecho, (es decir, no ejecutan o realizan actos consumativos del mismo), sino que contribuyen, colaboran o ayudan a que el autor o autores lo realicen. De modo que conceptualmente la participación no es una conducta principal, sino accesoria, de forma que el hecho delictivo no aparece como propio sino como algo ajeno al partícipe. De forma gráfica puede decirse que mientras el autor tiene el *dominio del hecho delictivo*, el partícipe es absolutamente accesorio, dependiendo siempre de la decisión del autor. Por ello, puede existir un hecho criminal sin partícipes, pues basta con la existencia de un autor. Pero nunca puede darse un delito sin autor. De aquí que nunca pueda castigarse a los partícipes sino existe un autor.

Sobre esta última afirmación ha de precisarse que una cosa es que exista un autor del hecho, y otra muy distinta que se conozca al autor. Lo que se exige es que exista autor, y no que se conozca su identidad concreta.

Por ejemplo, se sabe que un hombre no identificado, causó la muerte de la víctima y luego se dio a la fuga. Pero los agentes de la autoridad si lograron detener al cómplice que le prestó el arma homicida. Luego este último podrá ser juzgado por complicidad en un homicidio consumado.

En el PCP, según los arts. 41,3º, 43 y 44, existen tres clases de partícipes: *inductores*, *cooperadores necesarios* y *cómplices*. En efecto, el art. 41,3º recoge las tres

clases de participación, mientras que el art. 43 define y castiga a inductores y cooperadores necesarios, mientras que el art. 44 hace lo propio con los cómplices.

Pues bien, antes de definirlos es preciso insistir en que en los tres casos se trata, desde el punto de vista material, de actos de participación, es decir, de conductas accesorias. Ahora bien, aunque se trate de conductas materialmente accesorias, algunas de ellas tienen tal trascendencia para el hecho, que la ley les confiere un significado especial, mientras que a otras, de muy inferior importancia les otorga un alcance lógicamente inferior. Y en efecto, por fundadas razones político-criminales, a los *inductores* y a los *cooperadores necesarios* se les castiga con la misma pena que a los autores materiales (art. 43), mientras que a los *cómplices* se les castiga con una pena inferior a la señalada a los autores materiales (art. 44 en relación al art. 72,2º PCP).

La *inducción* y la *cooperación necesaria* merecen más castigo que la *complicidad*, porque aunque las tres sean materialmente actos de participación, las dos primeras contribuyen al hecho principal de un modo tan significativo, con tal intensidad y trascendencia, que valorativamente merecen una pena idéntica a la que se impone al autor. Y el fundamento de esta decisión reside en que sin la contribución del inductor o del cooperador necesario, el autor no hubiera realizado el delito. La equiparación de penas a estos partícipes descansa en su decisiva colaboración, que esencialmente es de naturaleza moral, forjando o reforzando la motivación a delinquir del autor, con tal fuerza, que sin la misma aquél no hubiese delinquido.

Como decíamos, la *inducción* es la primera forma de participación, y por su especial significado se castiga con idéntica pena que la señalada al autor. Y en efecto el art. 42 PCP, castiga como autores a “*los que inducen directamente a otro u otras a ejecutar el hecho*” a cometer un delito. La inducción consiste en determinar, persuadir, instigar o mover a otra persona para que realice un hecho criminal. Supone hacer nacer en otra persona la voluntad criminal que no tenía. Los medios para inducir son indeterminados, pudiendo ser la intimidación, el mandato, el consejo o cualquier otro medio eficaz para crear en el autor la voluntad delictiva. La inducción ha de reunir varios requisitos: ser anterior al hecho; ha de ser directa (ejercida sobre persona determinada y encaminada a la comisión de un hecho determinado); ha de ser eficaz (con entidad suficiente para mover la voluntad de la persona inducida); el sujeto ha de tener intención de inducir e intención de que el autor cometa el hecho; y por último, es necesario que el inducido comience a ejecutar el hecho (tentativa) o que consume el delito.

Por ejemplo, un empresario acreedor, cansado de esperar sin éxito el pago de sus créditos, contrata dos *profesionales* por quinientas mil pesetas (3.0005,06 €), para que le den una paliza al deudor (el empresario será el inductor y los dos *profesionales* coautores de un delito de lesiones).

La segunda forma de participación es la *cooperación necesaria*, que debido a su especial trascendencia también se castiga con la misma pena que la señalada al autor. Así, en el art. 43 PCP se contempla la *cooperación necesaria*, al decir “*los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”. Por tanto, se castiga con la misma pena que al autor, a los partícipes que contribuyen de tal modo con su colaboración, que sin la misma, los autores no habrían podido ejecutar el hecho. En este sentido, la contribución para ser calificada de necesaria ha de medirse en el caso concreto, atendiendo fundamentalmente al apoyo moral o a la contribución *motivacional* ofrecida al autor. En la práctica resulta extraordinariamente complejo

diferenciarla de la complicidad, y tanto doctrina como la misma jurisprudencia muestran grandes vacilaciones, recurriendo a diversas teorías. Por ejemplo, en unos casos acude a la teoría de la *conditio sine qua non* (consiste en suprimir mentalmente la aportación y entonces comprobar si la ejecución igualmente se hubiese efectuado). Pero en otros supuestos se utiliza la teoría de *los bienes escasos* (que toma en consideración la escasez de medios existentes, la remoción de obstáculos, que la aportación sea difícilmente reemplazada o que se trate de aportaciones necesarias o causales para el resultado). Incluso en ocasiones la jurisprudencia busca la solución en la teoría del *dominio del hecho*.

En muchos casos doctrina y jurisprudencia han calificado como cooperación necesaria al que vigila en el coche mientras los otros roban una entidad bancaria. También a quien suministra información precisa para que otros cometan un homicidio. O a la persona que facilita su domicilio para preparar el crimen y luego para ocultar a los autores. E incluso a quien presta dinero a otro para que este adquiera sustancias estupefacientes para luego venderlas.

Por fin, el art. 44 contiene la llamada *complicidad simple o no necesaria*, al señalar “*los que dolosamente prestan cualquier auxilio anterior o simultáneo en la ejecución del hecho, siempre que no se hallen comprendidos en los dos artículos anteriores*”. Como forma de participación, consiste en una contribución al hecho dominado y ejecutado por el autor material. La contribución se concreta en la realización de actos de colaboración anteriores o simultáneos a la ejecución del delito. En muchos países la jurisprudencia la define como una *participación accidental y secundaria*, ya sea activa u omisiva, tanto material como de índole moral, y que no resulte imprescindible. Precisa también de un elemento subjetivo integrado por la conciencia de la ilicitud y por la voluntad de contribuir eficazmente a la conducta del autor.

Por ejemplo, prestar el coche a otro para que cometa un robo. Dejar la pistola al autor de unas amenazas. Facilita víveres y munición a los autores del homicidio.

Por último, ha de tenerse presente que en el art. 41,3º del PCP se contienen reglas específicas para establecer la responsabilidad criminal de los partícipes. Así, se advierte que la responsabilidad del partícipe será “*en todo caso accesoria respecto del hecho ejecutado por el autor*”. Consecuentemente con ello, se establece una penalidad atenuada para los partícipes en supuestos en los que el tipo precise “*una cualidad específica en el autor que suponga un deber especial*”( v. gr. el autor sea funcionario y los partícipes no lo sean).

### **3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se negaba (*societas delinquere non potest*), alegándose que no poseen capacidad de acción, capacidad de culpabilidad, o capacidad de sufrir penas. De ahí que los sistemas clásicos sólo castigaban como autores de los delitos a las personas físicas. Sin embargo, a lo largo de este siglo, ante la tendencia de castigar los delitos socioeconómicos (*delincuencia de cuello blanco*), la criminalidad organizada, y sobre todo, la necesidad de castigar los delitos especiales cometidos por sociedades o representantes legales, volvió a reabrirse el debate. Unos países, como los anglosajones, Holanda y Francia

entre otros, han introducido la posibilidad de castigar directamente a las sociedades (personas jurídicas). Otros, como España, Alemania e Italia, han optado por fórmulas menos distantes de la tradición europea continental.

Así, estos últimos han introducido medios legales para castigar indirectamente a las personas jurídicas, partiendo que en realidad su voluntad no se diferencia de la de sus administradores. De ahí que la solución adoptada sea, en primer lugar, posibilitar la sanción penal a los administradores de las sociedades o a los que actúan en nombre de otras personas, cuando hayan sido los representantes los que tomaron las decisiones delictivas (en el PCP nicaragüense es el caso del nuevo art. 45). Y, además, en segundo término, se han creado unas “medidas accesorias” que permiten disolver una sociedad, paralizar o suspender su actividad, o intervenir su administración (ver el art. 113 PCP). Y estas últimas, aunque formalmente reciban el nombre de *consecuencias accesorias*, en realidad son penas impuestas a las propias sociedades.

Por su importancia, reproducimos el artículo 31 CP, que señala: “*La persona que, actuando como directivo, administrador de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*”.

La aplicación del art. 31 CP es frecuente en delitos de quiebra, alzamiento de bienes, o de defraudación a la Hacienda Pública, en los que aunque la deudora es la sociedad, las decisiones que llevan a la misma a la situación de insolvencia o de ocultar bienes, es tomada por los administradores. Y ellos serán los que respondan en calidad de autores.

#### **4. EL SUJETO PASIVO.**

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, o más exactamente, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Es un concepto distinto del sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae la conducta típica. En muchos casos coinciden, pero esta coincidencia de personas no siempre es así.

Junto al sujeto pasivo existe la noción clásica de *objeto material*, que es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica. Generalmente se identifica con el objeto de la acción. Viene a complementar al llamado *objeto formal*, que es el bien jurídico. En la actualidad el *objeto material* desempeña una función ínfima en la teoría del delito (históricamente el *corpus delicti* desempeñó un papel esencial), pues su lugar esencial ha sido precisamente ocupado por el concepto de bien jurídico. Ha de tenerse en cuenta que estos conceptos no equivalen exactamente a la noción procesal de *perjudicado*.

Por ejemplo, en un homicidio coinciden el titular del bien jurídico (la vida), y la persona sobre la que recae la conducta de matar (objeto material). Pero en un robo no siempre; así la entidad bancaria es la propietaria del dinero transportado, pero la conducta del robo recae sobre los agentes privados que la



custodian (sujetos pasivos de la acción), siendo el dinero robado el objeto material y el patrimonio o propiedad el bien jurídico protegido.

Sujeto pasivo pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas. Entre estas últimas, destacan el Estado y toda clase de sociedades mercantiles, civiles o públicas.

Distinto es el llamado *sujeto pasivo masa*, que es una construcción legal (art. 83,2° PCP), para agrupar en un sólo proceso a varios sujetos pasivos individuales, víctimas de idénticos delitos patrimoniales, cometidos por los mismos autores a lo largo del tiempo y en diferentes lugares. Por ejemplo, en estafas cometidas en la venta de viviendas a múltiples perjudicados; en robos en varios domicilios; apropiaciones indebidas de pequeñas cantidades a múltiples perjudicados, etc.

Últimamente ha cobrado gran fuerza la idea de la *víctima* del delito, llegándose a hablar de la *victimología* y de la *victimodogmática*. Lo que fundamentalmente se quiere subrayar es que el Derecho penal tradicionalmente se ha centrado en estudiar el delito y al delincuente, descuidando la atención a la víctima. Por ello ahora se ha tratado de otorgar a la víctima una función destacada tanto en el proceso penal como en el Derecho penal sustantivo. Es más, en opinión de algunos autores, en la actualidad se comprueba una tendencia a que la víctima se sitúa en el papel central de la discusión, desplazando incluso la perspectiva de la sociedad representada por el propio Estado. Por todas estas causas, su opinión o decisión se considera ahora importante a efectos de suspensión o sustitución de la pena, en la responsabilidad civil, en la creación de atenuantes para el infractor que trata de reparar o disminuir el daño ocasionado, y desde luego en el nacimiento o reforzamiento de toda una serie de mecanismos procesales que garantizan su presencia activa en el proceso penal.

## 5. RECAPITULACIÓN

- Cuál es la diferencia entre un delito especial y un delito común.
- Cual es la diferencia entre un delito especial propio y un delito especial impropio.
- Qué es un delito de propia mano; citar un ejemplo.
- Diferencias entre autor y partícipe.
- Qué es la autoría mediata; citar un ejemplo.
- Concepto y requisitos de la inducción.
- Diferencias entre la cooperación necesaria y la complicidad.
- Conforme al PCP nicaragüense, quién es penalmente responsable de las actuaciones delictivas de las personas jurídicas.
- Diferencias entre sujeto pasivo y sujeto de la acción.

## **TEMA X: ANTIJURIDICIDAD Y AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD (LA JUSTIFICACIÓN)**

SUMARIO: 1. Antijuridicidad material y antijuridicidad formal. 2. Bien jurídico y contenido de injusto. 3. La ausencia de antijuridicidad: la justificación. 4. Legítima defensa. 5. Estado de necesidad justificante. 6. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y cumplimiento de un deber. 7. Recapitulación

### **1. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.**

La antijuridicidad expresa una relación de contradicción entre una determinada forma de realización de un tipo penal y la totalidad del ordenamiento jurídico. En otras palabras, antijuridicidad significa la contrariedad de un hecho típico con el Derecho en su conjunto. Es decir, que una conducta infringe el Derecho. En definitiva, la antijuridicidad es la violación del Derecho. Ahora bien, la antijuridicidad puede entenderse de diferentes formas. Estas diferentes concepciones es lo que a continuación vamos a analizar.

En primer término, importa especialmente la distinción entre *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*. Esencialmente se entiende por *antijuridicidad formal* la mera relación de contradicción entre una conducta y la Ley. Mientras que por *antijuridicidad material* se entiende la contradicción de un hecho con el interés social protegido por la norma. Si se aceptara esta doble concepción de la antijuridicidad en sentido estricto, comportaría grandes consecuencias. Así, para los partidarios de un concepto formal, sería antijurídica una conducta siempre que formalmente contraviniera la norma, con independencia de que lesionara o no algún bien jurídico; esto es, se podrían calificar de antijurídicas conductas carentes de lesividad (daño). Por el contrario, un entendimiento puramente material, podría comportar declarar antijurídicas conductas lesivas aunque no formalmente previstas en la norma. O a la inversa; declarar justificadas conductas que aunque formalmente sean contrarias a Derecho, sustancialmente no comportan daño alguno.

Como inmediatamente se observa, esta distinción está ligada al sistema de fuentes del Derecho penal, y muy significativamente al principio de legalidad penal. Es decir, todo depende si se acepta que la única fuente de creación del Derecho penal es la Ley, o si por el contrario junto a ésta también se admiten otras vías de creación de normas penales. En cualquier caso, hoy mayoritariamente prevalece una concepción unitaria de la antijuridicidad que compagina ambos aspectos, formal y material, de la misma. Así, no puede entenderse sólo formalmente, sin referencia a la idea de dañosidad; pero tampoco puede aceptarse que los intereses sociales protegidos sean fijados al margen o por encima de la Ley. De ahí que se sostenga que sólo son contrarios al Derecho (o sea, antijurídicos) los comportamientos lesivos a los intereses sociales que la Ley contempla.

En conclusión, la antijuridicidad no puede concebirse sólo formal o sólo materialmente, como si fuesen nociones contrapuestas. Muy al contrario, las dos perspectivas de la antijuridicidad son imprescindibles para lograr comprender su completa dimensión.

Otra clasificación distingue entre una concepción *objetiva* y otra concepción *subjetiva* de la antijuridicidad. Esta distinción tiene su origen en el diferente fundamento que unas y otras teorías atribuyen a la antijuridicidad. Así, quienes piensan que la razón última por la que una conducta es contraria a Derecho radica en la desobediencia o en la mala voluntad que comporta, conciben subjetivamente la antijuridicidad. Por el contrario, quienes entienden que un hecho es contrario a Derecho en razón de su lesividad o de su contrariedad a la norma, configuran objetivamente la antijuridicidad. También existen posturas mixtas, al considerar que el comportamiento es desvalioso tanto en razón del desvalor de la intención, como en razón del desvalor del acto.

Cierta vinculación a esta cuestión posee la distinción entre *desvalor de acción* y *desvalor de resultado*, muy comúnmente empleado en doctrina y jurisprudencia. Aunque generalmente su aceptación va ligada a planteamientos objetivos de la antijuridicidad. Así el *desvalor de resultado* precisa en los delitos de resultado, que, además, de la conducta típica, se ocasione el resultado jurídicamente desaprobado. Se trata de una magnitud graduable, en consideración a múltiples criterios, como la extensión del daño, o al contrario la disminución del daño, o en fin la afectación a múltiples perjudicados. Por su lado, *el desvalor de acción (o de acto)* contiene dos partes, la subjetiva, siendo la intencionada la más grave (dolo) y la menos la no intencional (imprudencia); y, una segunda parte, de naturaleza objetiva que atiende al modo y circunstancias de la ejecución.

Pero en realidad, la opción por una de estas concepciones depende del previo entendimiento que se tenga de la norma jurídica y del Derecho. Al exponer *la estructura y función de la norma jurídica* ya se explicaron las razones para inclinarse por una concepción objetiva de la norma y, por tanto, de la antijuridicidad, pues entre otros argumentos, es la más compatible con la idea del Estado de Derecho, y en consecuencia la que más favorece una limitada construcción del Derecho penal en beneficio de la libertad individual.

## **2. BIEN JURÍDICO Y CONTENIDO DE INJUSTO.**

El concepto de bien jurídico parte generalmente de la idea de *valor*, es decir, de todo aquello que posee un valor para el ser humano, que significa, que importa o que es necesario para su vida individual o colectiva. Por tanto, la idea de *valor* se extiende a cualquier *realidad*, material o inmaterial, que posea un significado valioso para la vida en convivencia del ser humano, e incluye diversas categorías, como pueden ser los derechos subjetivos, los principios (jurídicos, políticos, sociales), personas, objetos, instituciones, intereses, entidades, potestades o poderes públicos, libertades, deberes u obligaciones, etc. De suerte que *bien jurídico* puede definirse como todo valor de la vida humana (*bien*) protegido por el Derecho (*jurídico*). No obstante, existen varias concepciones dogmáticas sobre el bien jurídico, desde las iniciales vinculadas a la idea de *dañosidad social*, pasando por otras igualmente materiales, hasta otras de naturaleza formal o *procedimental*.

No obstante, el bien jurídico como concepto tradicional de la dogmática penal ha sufrido diversas críticas. Especialmente las concepciones materiales y teleológico-formales, por cuanto resultan circulares y difusas: bien jurídico es todo lo que recibe protección. En realidad la cuestión central radica en su entendimiento como un concepto unitario y en identificar bien jurídico con un objeto. Los diferentes bienes jurídicos son tan diferentes, que al no existir un núcleo material o formal común a todos ellos, resulta imposible definirlo como una clase de objetos, y en consecuencia no existe un concepto unitario. Por consiguiente, no puede sustentarse un concepto material único (en términos de objeto), sino concebirlo *procedimentalmente*, en términos de justificación, como todo aquello cuya tutela legítima el castigo.

En definitiva, integra toda clase de derechos o intereses, individuales o colectivos, a los que el Derecho considera susceptibles, dignos y necesitados de tutelar mediante la amenaza de una pena criminal. Esto es, considera que su importancia social es tan elevada, que precisa garantizar su conservación recurriendo al arma más poderosa de la comunidad, y de ahí que conmine con penas la lesión o la puesta en peligro de estos valores básicos.

Así, por ejemplo, se habla en Derecho penal de los siguientes bienes jurídico penales, ya sean de naturaleza individual o personal, o de naturaleza colectiva o supraindividual: vida humana; patrimonio, propiedad y derecho de crédito; libertad sexual; libertad de movimiento; salud e integridad física; vida prenatal; inviolabilidad del domicilio; honor; relaciones familiares; intimidad; orden público; integridad moral; dignidad; medio ambiente; ordenación del territorio; patrimonio histórico y cultural; orden socioeconómico; derechos de los trabajadores; administración de justicia; administración pública; hacienda pública; patrimonio de la Seguridad Social; orden público; propiedad intelectual; etc.

En la actualidad, la importancia del bien jurídico es tal en el Derecho penal, que se habla incluso del *dogma del bien jurídico*. Con ello quiere decirse que esta idea representa el primer momento que el *ius puniendi* del Estado ha de justificar, para injerirse en la libertad de los ciudadanos. Es decir, si toda creación de delitos comporta una limitación en la libertad de los individuos, el Estado ha de poder explicarla. Y precisamente la primera razón es que la conducta descrita como delito represente un daño o cuanto menos un peligro para un bien jurídico. Esta limitación al Estado, y que afecta igualmente al Poder Legislativo a la hora de crear delitos, como al Poder Judicial en el momento de aplicar las leyes, es denominado *principio de ofensividad o lesividad*. Y constituye una manifestación del principio de legalidad penal, pues es la norma la única que fija el valor a defender (o sea, el *bien jurídico protegido*).

En este mismo sentido se han pronunciado varias resoluciones de las principales Cortes Constitucionales europeas; por ejemplo, así lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional español desde las SSTC 11/1981 y 62/1982, donde se declara que toda limitación de derechos individuales mediante la amenaza de una sanción penal, ha de justificarse desde la tutela de bienes jurídicos.

Una categoría diferente, pero muy ligada a la idea de bien jurídico, es la noción del *contenido de injusto*. En efecto, cada tipo delictivo requiere una diferente forma de atacar el valor que ampara (bien jurídico protegido). De lo que se deduce que hay diferentes formas, medidas o grados de violar la norma. Es decir, que se trata de una categoría que admite graduación. Y si la antijuridicidad es la infracción del Derecho, puede afirmarse que el *contenido de injusto* de una infracción puede graduarse según la medida exigida de violación del bien jurídico protegido. Así, los tipos penales pueden

configurarse como delitos de lesión si requieren su efectiva lesión, o como delitos de peligro si sólo precisan la creación de un riesgo.

La diferencia entre unos y otros se encuentra en el grado o medida en que los respectivos tipos requieren el ataque al bien jurídico protegido. De modo que en los *delitos de lesión* se precisa que la conducta lesione efectivamente el bien jurídico. Mientras que en los delitos de peligro, la consumación se verifica con la creación de un riesgo determinado para el bien jurídico. A su vez, los delitos de peligro se clasifican en *peligro concreto* si la conducta ha de comportar una probabilidad de producción efectiva de daño; mientras que se habla de *delitos de peligro abstracto* cuando la realización de una clase de conductas resulta en sí misma peligrosa y, por tanto, en sí misma ya está desvalorizada.

Tradicionalmente el legislador venía optando por definir la mayoría de los delitos mediante estructuras de delitos de lesión. Sin embargo, en los últimos años, el legislador se ha visto arrastrado por las exigencias de las sociedades modernas, procediendo a adelantar la línea de protección con la creación de numerosos tipos de peligro. La finalidad de esta expansión del Derecho penal, y del uso intenso de esta técnica legislativa de los delitos de peligro, es aumentar la tutela de intereses individuales, (por ejemplo, la integridad de las personas) amenazados por las nuevas formas de criminalidad y las nuevas tecnologías (v. gr., delitos informáticos, manipulaciones genéticas, fraudes a los consumidores). Pero también la de ofrecer cobijo a intereses colectivos emergentes, fruto de determinadas conquistas sociales (derechos de los trabajadores, medio ambiente).

A título de ejemplo, puede decirse que son *delitos de lesión* los delitos de homicidio, contra el patrimonio, la salud e integridad, la libertad sexual, etc. Son delitos de peligro concreto el delito ecológico, o la conducción temeraria. Y puede citarse como ejemplo de *delito de peligro abstracto* la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o la tenencia ilícita de armas.

No ha de confundirse la clasificación que distingue entre delitos de lesión y de peligro, con aquella otra que distingue entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. Se trata de clasificaciones que responden a criterios diferentes, la primera al contenido de injusto, y la segunda a la estructura de la conducta. De modo que no cabe identificar los delitos de lesión con los delitos de resultado, ni los delitos de peligro con los delitos de mera actividad. Antes al contrario, las posibilidades de combinación de las dos clasificaciones son muy variadas, porque hay que insistir, cada una responde a pautas diversas.

Por ejemplo, el homicidio es un delito de lesión y de resultado. Pero la violación es un delito de lesión y de mera actividad. La tenencia ilícita de armas es un delito de peligro y de mera actividad. Mientras que el delito ecológico es un delito de peligro y de resultado.

### **3. LA AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: LA JUSTIFICACIÓN**

La antijuridicidad expresa una relación de contradicción entre una determinada forma de realización de un tipo penal y la totalidad del ordenamiento jurídico. En otras palabras, antijuridicidad significa la contrariedad de un hecho típico con el Derecho en su conjunto. Por ello no basta que una conducta sea típica (relevante para la ley penal) para afirmar sin más que sea antijurídica.

Porque ya se sabe que tipo y antijuridicidad son conceptos distintos. Y mientras el tipo únicamente expresa que una conducta interesa o es relevante para el Derecho penal, la antijuridicidad es algo más, puesto que significa que una conducta es contraria a todo el Derecho, y no sólo que es relevante (interesa) a una parte del mismo (el Derecho penal). Lo cual compota afirmar que puede haber conductas típicas que, sin embargo, no sean antijurídicas. Y desde luego, también comporta la existencia de conductas que sean típicas y también antijurídicas. Esta aparente paradoja sólo puede explicarse desde dos presupuestos básicos: primero, que el Derecho es un todo unitario del que el Derecho penal es sólo una parte; y segundo, que en la vida humana existen situaciones de conflicto de intereses, en los que para salvar uno de ellos es inevitable dañar al otro. De ahí que digamos que la muerte del agresor (que es una conducta típica de matar) no sea antijurídica porque el agredido tenía derecho a defenderse. No había otra solución que elegir entre una y otra vida. Y el Derecho opta por la del agredido ilegítimamente bajo ciertos requisitos.

Así, en ciertos casos, el ordenamiento jurídico contempla como adecuados a Derecho determinados comportamientos típicos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. En estos casos no hay contrariedad al Derecho, y reciben el nombre de *ausencia de antijuridicidad*. Y esta ausencia de antijuridicidad acontece cuando concurre una causa de justificación.

La mayoría de la doctrina considera que el fundamento de la justificación reside en la idea del *conflicto de intereses*. De modo que surge un conflicto entre dos bienes jurídicos, el tutelado en el correspondiente tipo penal y otro que trae causa en otro precepto legal (ya sea en la misma legislación penal o ya sea en otra clase de norma). Y este conflicto únicamente puede resolverse a favor del interés superior. Cuando este interés superior es el contenido en otro precepto, obliga necesariamente a salvarlo en detrimento del interés protegido en el tipo penal. En definitiva, para salvar el bien superior es imprescindible sacrificar el bien de rango inferior. Y precisamente llamamos *causas de justificación* los supuestos de conflicto, en donde se ejercita, mediante una conducta típica, un derecho preponderante en detrimento de otro inferior.

Un caso extremo es el derecho a la vida, pues el Ordenamiento autoriza con ciertos requisitos a salvar la vida del agredido aún a costa de sacrificar la propia vida del agresor. Esta causa de justificación se conoce como legítima defensa. Así, puede decirse que la conducta de matar al agresor es típica pero no antijurídica, porque en última instancia resulta justificada.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el nacimiento de intereses, bienes o derechos, así como el ejercicio legítimo de los mismos, proviene del ordenamiento jurídico en su conjunto. De modo que las causas de justificación no surgen únicamente del Derecho penal, sino que generalmente traen causa en normas del Derecho Privado, del Derecho Administrativo y muy especialmente de la Constitución.

Baste como ejemplo señalar los conflictos más habituales entre tipos penales y los derechos fundamentales (así el conflicto entre conductas típicas de los delitos contra el honor y la invocación del derecho a la libertad de expresión e información). O el conflicto entre otros derechos fundamentales y el ejercicio de deberes públicos o ejercicio legítimo de profesiones y cargos públicos (derecho al honor, intimidad, libertad, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, entran en conflicto con los deberes impuestos a autoridades y funcionarios en el marco de un proceso penal para su esclarecimiento). En este contexto ha de situarse también el secreto profesional de funcionarios, abogados o médicos frente a la obligación de declarar.

A continuación estudiamos precisamente las causas de justificación existentes en el CCP nicaragüense de 2003, es decir, los supuestos de ausencia de antijuridicidad. Esto es, los casos en los que aunque se haya realizado una conducta típica, existe un interés superior reconocido por el Derecho, que autoriza la lesión ocasionada. Eso si, siempre que haya discurrido conforme a los cauces y requisitos exigidos legalmente. No obstante, las causas de justificación se hallan tasadas en el ordenamiento jurídico, pudiendo operar a través de la legítima defensa, del estado de necesidad y del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o del cumplimiento de un deber. Todas ellas encuentran expreso acomodo en el art. 34 PCP, dentro de las llamadas *eximentes* de la responsabilidad criminal.

#### **4. LEGÍTIMA DEFENSA.**

La eximente de legítima defensa está regulada en el art. 34,4° del PCP de 2003. Si concurren todos los requisitos exigidos opera como una causa de justificación que exime totalmente de la responsabilidad penal. Pero también puede aplicarse como eximente incompleta, esto es, como una atenuante cualificada (art. 35,1° con relación al art. 80 PCP donde establece su penalidad atenuada), cuando falta alguno de los requisitos no esenciales requeridos en el precepto y entonces determina una atenuación de la pena.

Se acepta tanto la legítima defensa propia como la de terceros. Es decir, que se puede alegar legítima defensa por el mismo sujeto agredido que se defiende de una agresión. Pero también se puede invocar legítima defensa en casos en que el defensor acude a defender a un tercero que está siendo agredido. Ahora bien, tanto si se trata de defensa propia como si se trata de defensa de un tercero, el art. 34,4° PCP exige la concurrencia de tres requisitos esenciales para poder apreciar la eximente, que son: agresión ilegítima; la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión; y, la falta de provocación suficiente por parte del defensor.

A). Según doctrina y jurisprudencia, la *agresión ilegítima* consiste en un ataque actual, inminente, real, directo, injusto, inmotivado e imprevisto. Ha de ser un ataque real que suponga un peligro real y objetivo con potencialidad de dañar un bien jurídico. En principio cualquier bien jurídico personal es susceptible de ser atacado y, por consiguiente, de ser defendido (vida, integridad, libertad sexual, libertad de movimientos, intimidad, honor, propiedad, domicilio, etc.). Se excluyen las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro real e inmediato. La agresión ha de proceder de un acto humano. Y ha de ser *ilegítima*, es decir, constituir un acto injustificado e injusto (así por ejemplo, varias resoluciones del Tribunal Supremo español: SSTS 29-XII-97 y 29-I-98).

En caso de defensa de los bienes, existe agresión ilegítima cuando el agresor ha dado comienzo a un delito o falta y que se ponga en peligro grave de deterioro o pérdida inminente (STS 14-XI-98).

No existirá legítima defensa por falta del requisito comentado, en los siguientes supuestos: Cuando se repele una vez que la agresión ya ha concluido; en casos de riña mutuamente aceptada; por meros insultos o amenazas; ante petición de explicaciones, o

imprecaciones verbales o de gestos equívocos; por la negativa a entregar algo; o incluso ante la negativa de retirar un vehículo aparcado. Muy complejas son las hipótesis de error acerca de la agresión (llamados *legítima defensa putativa*), a los que deben aplicarse las reglas del error (bien unos entienden que ha de aplicarse el art. 25 PCP, mientras que otros apreciarán el art. 26 PCP), salvo cuando se trata de errores evidentes.

Ejemplos característicos son los casos donde el sujeto cree erróneamente que alguien le va a agredir, y entonces, creyendo que se está defendiendo, dispara sobre el supuesto agresor.

B). *La necesidad de la defensa* es el segundo requisito esencial y ha de concurrir siempre, tanto para apreciar la eximente completa o incompleta. Para que pueda hablarse de defensa ha de existir previamente una agresión actual, que es justamente la que desata la necesidad de repelerla. Si no existe agresión actual, no hay situación de defensa. Nuevamente hay que recordar los casos de error, donde se produce una apreciación equivocada acerca de la existencia de un peligro inminente (*defensa putativa*). Desde luego, requiere una valoración objetiva sobre la necesidad de defensa; esta valoración ha de efectuarse desde una perspectiva *ex ante* situándonos en la posición del que se defiende, que incluye el análisis de todas las circunstancias concurrentes (STS español de 17-IX-98).

Por ejemplo, para doctrina y jurisprudencia existe *necesidad de defensa* si se trata de dos agresores armados, aunque luego fueran armas de fuego, al tiempo que gritaba que lo iban a matar. Pero por el contrario, no existirá necesidad de defensa, no apreciando si quiera la eximente incompleta, si el agredido inicialmente, una vez desarmado el agresor, comienza o sigue golpeándole.

En todo caso, requiere una valoración desde módulos objetivos: paridad entre el bien atacado y el afectado por la reacción defensiva; la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, y el empleo o uso del mismo; el mayor o menor desvalimiento de la víctima; la perturbación anímica del que se defiende. También ha de tenerse en consideración la posibilidad de huir o retroceder y la existencia de alternativas defensivas menos gravosas ( por ejemplo estas resoluciones del Tribunal Supremo español de SSTS 9-XII-99; 23-I-98; 30-I-98).

En principio todos los bienes son defendibles, salvo que se trate de lesiones insignificantes. También aquí son de gran complejidad los casos de error sobre la existencia de un peligro inminente que justifique la reacción defensiva. Desde luego no puede apreciarse la eximente en casos de agresión ya finalizada o ya detenida por el agredido.

Junto a la necesidad de la defensa, ha de exigirse la racionalidad o proporcionalidad del medio empleado para repelerla. Se trata de una difícil valoración que supone un criterio flexible de proporcionalidad, también efectuado desde una perspectiva *ex ante*, y considerando la situación en que se encuentra cada sujeto. Así, ha de evaluarse la existencia de otras alternativas de defensa menos gravosa; la paridad ha de efectuarse entre la entidad del ataque y de la defensa; la diferencia de edad y corpulencia; la semejanza objetiva de armas e instrumentos; el uso que se haga de los mismos; el estado anímico del que se defiende; posibilidad de dirigir el disparo a una zona corporal menos vulnerable.

Por ejemplo, habrá proporcionalidad entre el ataque con un palo de grandes dimensiones y con un clavo en la punta, empleado de forma letal, y el disparo con arma de fuego. Pero generalmente se dirá que



no existe proporcionalidad objetiva, entre el ataque con un palo de billar partido por la mitad y el uso de una navaja de once centímetros.

Doctrina y jurisprudencia siempre exigen un ánimo de defensa, que constituye un elemento subjetivo de la causa de justificación (STS 23-I-98). Otro argumento para excluir la aplicación de la eximente es precisamente si no se aprecia el citado elemento subjetivo de justificación, que sucede cuando el ánimo es la venganza, o en casos de riñas mutuamente aceptadas.

C). El tercer requisito es la *falta de provocación suficiente del que se defiende*: no se trata de valorar si la conducta del agresor es o no una provocación suficiente; sino si el que se defiende previamente había provocado la conducta del agresor con actos que determinaron necesariamente su ataque (STS 16-II-98).

Por ejemplo, no se apreció la legítima defensa en el caso de una riña entre dos grupos, pues no existió provocación suficiente si, después de la discusión, uno de los grupos atacó a uno sólo de los miembros del otro.

## **5. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.**

Se encuentra regulado en el art. 34,5º, y al igual que la anterior causa, puede operar tanto como eximente completa (impunidad) como también incompleta, determinando en este caso una atenuación extraordinaria de la penalidad (arts. 35,1º y 80 PCP). El precepto señala textualmente: el que *"en estado de necesidad, lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1.º- El mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. 2.º- La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. 3.º-El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse"*.

El estado de necesidad es siempre una situación límite y excepcional, que han de ponderar los jueces en cada caso. Según constante doctrina y jurisprudencia, la apreciación de la eximente precisa que la realización de la conducta típica sea la única forma de salvar un bien jurídico. De lo contrario, cuando el conflicto de bienes pueda ser resuelto por otra vía menos gravosa, habrá faltado la necesidad, y con ello la posibilidad de aplicar la eximente. Desde luego no cabe alegar estado de necesidad en casos de legítima defensa (del agresor frente al que se defiende).

Generalmente se admite por doctrina y jurisprudencia que el estado de necesidad se considera causa de justificación cuando el conflicto se plantea entre bienes desiguales, sacrificando el necesitado el bien inferior en beneficio del interés superior. Mientras que se considera que el estado de necesidad es una causa de inculpabilidad (una excusa), cuando el conflicto se produce entre bienes de igual valor o de la misma entidad, sacrificando uno en beneficio del otro (STS 24-XI-97).

Se considera justificado quien para salvar la salud ante una situación extrema de hambre, hurta pequeñas cantidades de alimento. O quien para salvar la vida de unos niños en peligro a causa de un incendio allana la morada ajena. En cambio, si se trata de bienes de la misma entidad, sólo se apreciaría como causa de inculpabilidad o excusa, pero no como causa de justificación (salvar la propiedad del necesitado sacrificando la propiedad de un tercero).

En síntesis, la enumeración de los requisitos del estado de necesidad son los siguientes: Existencia de un mal inminente y grave, que ponga en peligro manifiesto un bien jurídico propio o ajeno (al igual que en la legítima defensa, cabe el estado de necesidad propio y el de tercero); necesidad de lesionar un bien jurídico ajeno con el fin de evitar el peligro; que se hayan agotado todos los recursos existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente, habiendo sido imposible poner remedio por vías lícitas; que el mal que se trate de evitar no sea mayor que el que se causa, lo que exige siempre una ponderación judicial de los intereses en conflicto; el mal ha de ser actual, absoluto, real, efectivo, grave, inminente, injusto e ilegítimo; el peligro ha de afectar a bienes básicos del sujeto o de su familia (v. gr., alimento, vestidos, vivienda, asistencia médica); que el sujeto necesitado no haya provocado intencionalmente (dolosamente) la situación de necesidad; y que el necesitado no tenga, por razón de su cargo u oficio, la obligación de asumir o sufrir los efectos del mal (STS 26-III-98).

## **6. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO Y CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.**

Según el art. 34,7º del PCP, está exento de responsabilidad criminal el que “*obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En el caso de la Policía Nacional el uso de la fuerza y las armas estará regulado por la ley respectiva*”. Con esta redacción se configura la eximente como una norma abierta, que mediante una remisión normativa, abre la justificación a otras fuentes del Derecho distintas al Derecho penal. La razón es muy simple, ya que en otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho Administrativo, Derecho civil, Derecho Tributario) se contienen derechos y obligaciones que, ejercitadas legítimamente y dentro de ciertas circunstancias, autorizan a sus titulares a realizar conductas típicas, lesionando bienes de terceros.

El art. 34,7º PCP contiene, por tanto, una cláusula general de justificación, lo que significa que en el ordenamiento jurídico nicaragüense, las causas de justificación no conforman un sistema cerrado, sino abierto, puesto que permite acoger en su tenor, a cualquier derecho o deber procedente de otras normas jurídicas. Queda consagrado de esta forma un principio obvio: quien obra conforme a Derecho nunca puede comportarse antijurídicamente.

Por ejemplo, si el Código Procesal Penal y otras leyes, obligan a los Fiscales a acusar, esto es, a imputar delitos contra las personas contra las que existan indicios racionales, nadie podrá decir que cometen un delito de calumnias (imputar falsamente un delito), puesto que la Ley les obliga a ello.

El art. 34,7º del PCP contiene tres eximentes diferentes, aunque todas nacen del mismo principio general. Así pues, se distingue entre el *ejercicio legítimo de un derecho*; *el cumplimiento de un deber*; y *el ejercicio de un oficio o cargo*.

Todas poseen en común la exigencia de que su ejercicio sea *legítimo*. Es decir, ha de discurrir por los cauces legales y los medios empleados han de ser jurídicamente idóneos.

Por ejemplo, el acreedor tiene derecho de crédito (a cobrar lo que le debe) sobre el deudor, pero ello no le autoriza a hacerlo de cualquier forma, sino dentro de los cauces jurídicos previstos. Así, no puede intimidar al deudor, ni usar violencia contra su familia, ni robar o hurtar sus bienes. Todos tenemos derecho a manifestación, pero para que éste derecho sea legítimo, ha de haber obtenido autorización gubernativa y discurrir conforme a la misma.

Respecto al *ejercicio legítimo de un derecho*, destaca el ejercicio de derechos constitucionales (libertad de expresión e información, huelga, manifestación y reunión, asociación); el derecho de corrección de padres y educadores respecto a hijos y alumnos (castigos moderados), o los derechos nacidos del consentimiento del titular del bien jurídico (lesiones consentidas en la práctica de actividades deportivas).

También cobran importancia los supuestos de *ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber* nacido del *ejercicio de un oficio*, como los relativos a la profesión de abogado, médico o periodista (secreto profesional, intromisiones en el honor e intimidad de terceros, determinadas intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos).

A continuación nos centraremos en el *cumplimiento de un deber* nacido del *ejercicio de un cargo público*. Y en especial a los relativos a la actuación de los agentes de la autoridad. Pensemos en el agente de policía que practica una detención, o entra en un domicilio, o registra a un sospechoso, y en general todos los casos donde se emplea violencia o coacción con la finalidad de preservar el orden público y en los que pueden producirse privaciones de libertad, de la intimidad, lesiones a la integridad o incluso la muerte de un ciudadano. Pues bien, la doctrina general sentada en esta materia por la doctrina y la jurisprudencia, ha señalado que la eximente es aplicable a los agentes de la autoridad en misión de garantizar el orden jurídico y de servir a la paz colectiva, cuando la actuación es necesaria para evitar un daño grave, inmediato e irreparable (STS 21-IX-99). Pero ello no significa que se conceda una facultad absoluta, sino sometida a los cauces habituales propios del cargo y a las circunstancias concretas concurrentes. De ahí que para apreciar la eximente deban concurrir los siguientes requisitos: la intervención siempre ha de ser necesaria, oportuna, proporcional y congruente; y la actuación no puede desbordar los límites establecidos reglamentariamente.

Una enumeración más detallada de los requisitos que generalmente suelen exigirse, puede resumirse del modo siguiente: a) que el sujeto activo sea autoridad, funcionario público o agente de la autoridad, y que tenga competencia para el uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones (no procede si se trata de vigilantes privados); b) que la actuación se haya producido dentro del ejercicio de sus funciones (hay que ponderar el riesgo y el deber de intervención en todo tiempo y lugar); c) que exista cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa de la víctima; d) que sea necesario el uso de la violencia (necesidad en abstracto), es decir, que sin el empleo de violencia no le hubiera sido posible cumplir con la obligación de su cargo (precisa de un juicio *ex ante* de ponderación); e) que la violencia o coacción concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad perseguida, esto es, que se use el medio menos peligroso y menos lesivo posible, en atención a las circunstancias concretas concurrentes (necesidad en concreto que requiere de un juicio *ex post*).

La valoración de los anteriores requisitos corresponde efectuarlo a los jueces, y requiere fundamentalmente un juicio de proporcionalidad, donde, además, de enjuiciar

la necesidad abstracta y concreta del uso de violencia, deberá efectuarse una ponderación racional de los intereses en conflicto, la especial preparación de los policías, la concreta utilización de las armas, si se trata de supuestos graves o leves, etc.

También puede apreciarse la eximente incompleta si falta algún requisito no esencial. Por ejemplo, si existe necesidad en abstracto del uso de la violencia pero no concurre la necesidad en concreto. E igualmente es posible aplicar las reglas del error en casos de inexistencia de necesidad o de error sobre la proporcionalidad concreta. En cambio, si ha existido un uso excesivo de fuerza desaparece la causa de justificación, tanto como eximente completa como incompleta (STS 16-I-98).

Ejemplos: no concurrirá la eximente cuando no exista necesidad en abstracto del uso de la fuerza para detener a un ciudadano que se encontraba sentado en la calle, en actitud pasiva, esperando a su esposa, causándole lesiones. Tampoco concurre cuando la policía usa violencia para detener a un ciudadano porque se negó a colaborar y a identificarse, al no existir razón alguna para ello.

## **7. RECAPITULACIÓN**

- Concepto de antijuridicidad.
- Cual es la diferencia entre una concepción objetiva y una concepción subjetiva de la antijuridicidad.
- Diferencia entre un tipo de lesión y un tipo de resultado.
- Enumerar las causas de justificación reguladas en el PCP nicaragüense de 2003.
- Definir qué es un delito de peligro abstracto.
- Definir qué es un delito de peligro concreto.
- Qué es el contenido de injusto de una infracción.
- Explicar el requisito de la agresión ilegítima.
- Razonar cual es el requisito esencial del estado de necesidad.
- Enumerar los requisitos para apreciar el eximente cumplimiento de un deber en casos de uso de fuerza por la autoridad o sus agentes.

## TEMA XI: LA CULPABILIDAD.

SUMARIO: 1. Concepto y contenido: el principio de culpabilidad. 2. La imputabilidad. 3. El dolo. 4. La imprudencia. 5. La exigibilidad. 6. Recapitulación

### 1. CONCEPTO Y CONTENIDO: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad posee una extraordinaria importancia en el Derecho penal, y constituye uno de sus conceptos clásicos. Opera tanto como uno de los elementos esenciales del concepto de delito, pero también como principio fundamental de la legislación penal y límite básico para exigir responsabilidad penal, es decir, para poder imputar subjetivamente un hecho delictivo a una persona.

*El principio de culpabilidad* es reconocido por doctrina y jurisprudencia, aunque no posee una proclamación expresa de rango constitucional. Sin embargo, como quiera que su fundamento radica en la idea general de libertad, normalmente se entiende contenido o derivado del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso. La idea de culpabilidad se asocia con la idea de libertad personal y consecuentemente con la idea de responsabilidad personal por el acto injusto libremente ejecutado. En el PCP de 2003 se proclama en los arts. 9 (“*no hay pena sin dolo o imprudencia*”) y 21 (definición de delito, que vuelve a reiterar la exigencia de dolo o imprudencia).

El contenido del principio penal de culpabilidad comporta dos consecuencias fundamentales: “*no hay pena sin culpabilidad*” y “*la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad*”. Es decir, no puede castigarse a nadie si no es responsable personalmente de su conducta. Y segundo, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad.

En cuanto al concepto de culpabilidad, tradicionalmente se distingue entre un *concepto formal de culpabilidad* y un *concepto material de culpabilidad*. El concepto formal de culpabilidad comprende todas las características del ánimo o intención, que un determinado ordenamiento jurídico requiere para imputar subjetivamente una conducta a una persona (en nuestro caso tendría que extraerse del PCP). Por su parte, el concepto material de culpabilidad se configura generalmente sobre bases éticas, o de prevención (fines de la pena), o de la actitud interna jurídicamente desaprobada, o desde la idea de libertad individual. Es decir, el concepto material de culpabilidad apela al fundamento desde el cual declaramos a una persona responsable de un hecho y puede coincidir con el fundamento que posea en la legislación. En última instancia puede decirse que se trata de un concepto plenamente asentado en nuestra tradición cultural, llegando a formar parte de nuestro modelo de convivencia.

En cualquier caso, la esencia de la idea de culpabilidad es puramente normativa, pues expresa el reproche que el Derecho atribuye a una persona por haber infringido las

normas jurídicas. En este sentido la culpabilidad consiste fundamentalmente en la infracción de las obligaciones personales impuestas por el Derecho. Y de forma muy especial, se refiere a la trasgresión del deber de cumplir las normas, en cuanto normas objetivas que imponen el respeto a los valores que protegen. En consecuencia, la culpabilidad que aquí estudiamos es culpabilidad jurídica, y no una culpabilidad moral, ni ética, ni religiosa, ni política. La culpabilidad en Derecho penal es culpabilidad por el *acto aislado*, y se reprocha al individuo exclusivamente el haber infringido una norma jurídica. O lo que es lo mismo, se le imputa la comisión de un hecho delictivo, haciéndole personalmente responsable del ataque típico y antijurídico a un bien jurídico protegido.

De ahí que se rechacen concepciones moralistas de la culpabilidad, o configuraciones de la misma donde lo que se reprocha es la forma de ser de la persona, su carácter, o su modo de vida. En definitiva, se rechaza la llamada *culpabilidad de autor*, esto es, aquélla que no se fundamenta en el hecho antijurídico, sino en la personalidad del autor. De ahí que el fundamento de la culpabilidad en un robo no debe buscarse en si el autor vivía desordenadamente, o era una persona antisocial, que despreciaba las leyes, sino exclusivamente en si es responsable de un apoderamiento ilícito.

Desde esta concepción clásica de la culpabilidad, su estructura como elemento esencial del concepto de delito es la siguiente: En primer lugar se analiza la *imputabilidad* (la capacidad de entender y valorar las conductas y su significado jurídico); después el *dolo* y la *imprudencia* (que son las formas de imputar el hecho), y por último la *exigibilidad* (para determinar si era jurídicamente debido un comportamiento distinto). En la próxima Lección estudiaremos las diferentes causas de ausencia de culpabilidad (eximentes basadas en la inculpabilidad o excusas), analizadas por este mismo orden; es decir, agrupadas según afecten a la imputabilidad (las llamadas causas de *inimputabilidad*), al dolo o a la imprudencia (el error y el caso fortuito), o a la exigibilidad (las causas de inexigibilidad).

Desde luego existen otras concepciones teóricas de la culpabilidad, incluso las que niegan su existencia. Pero es mayoritaria la opinión de su validez y necesidad, si bien el estudio de sus diferentes elementos o estadios no se estructure según el modelo clásico.

## 2. LA IMPUTABILIDAD

Imputar etimológicamente significa *atribuir*, por tanto, *imputabilidad* hace referencia al conjunto de características necesarias para poder atribuir a una persona el hecho típico y antijurídico cometido. Así, por pura lógica, si la culpabilidad consiste en un reproche al individuo por haber infringido el Derecho, antes que nada debemos saber si es imputable; es decir, si esa persona, en el momento de la comisión del hecho, reunía las condiciones exigidas para ser capaz de imputación.

En términos generales, la *imputabilidad* se define como capacidad de entender, valorar y actuar consecuentemente. Por tanto, en primer lugar requiere la capacidad de entender y valorar la naturaleza e ilicitud del hecho realizado. En segundo término precisa también la capacidad de poder actuar según esa apreciación, valoración o comprensión. Así pues, hace referencia a las capacidades físicas, biológicas, psíquicas y

psicosociales de una persona en el momento de cometer el hecho. La *imputabilidad* no es pues equivalente a la capacidad de acción, sino a la capacidad de comprender lo que se está haciendo, a la capacidad entender que la conducta es contraria a Derecho, y finalmente, de poder dominar o controlar su conducta.

El PCP no define expresamente la *imputabilidad*, sino que lo hace indirectamente en su art. 34, al enumerar las causas de *inimputabilidad*. Expresado con otras palabras, el concepto de *imputabilidad* ha de obtenerse a la inversa, al deducirlo de las causas en las que expresamente la ley señala que no existe responsabilidad por falta de capacidad de entendimiento. De modo que si una persona no puede incluirse en uno de los supuestos descritos en el art. 34, entonces será capaz de entender y valorar el significado antijurídico de su conducta y de poder actuar en consecuencia; es decir, será imputable, y podrá responder penalmente de su conducta ilícita.

Como veremos en la Lección siguiente, las causas de *inimputabilidad* o falta de capacidad de entender y valorar el hecho, se recogen en el art. 34, y son tres: enajenación mental; actuación bajo efectos de drogas o alcohol; y alteraciones de la percepción de la realidad. A estas habría que añadir los supuestos de minoría de edad según se desprende del art. 33 y de la Ley reguladora del Sistema de Justicia Penal Especializada del Código de la Niñez y la Adolescencia (Libro III).

Muy importante es determinar cual es el *momento* de la *imputabilidad*, es decir, en qué instante ha de medirse la capacidad de entender y valorar la ilicitud de la conducta. La regla general es muy simple: El momento determinante es el tiempo en que se realiza el delito; si en ese instante tenía capacidad será imputable; y si no la tenía, será declarado *inimputable*. Es, por tanto, independiente que antes de la comisión no la tuviera, pero luego, en el momento de realizar el hecho si; o que después de su comisión con plenas facultades, entrara, por ejemplo, en situación de enajenación mental.

No obstante, hay que tener en cuenta las llamadas *actio liberae in causa*, es decir, aquellos casos en los que el sujeto busca intencionada o imprudentemente una situación transitoria de *inimputabilidad* para cometer el delito. Por ejemplo, consume drogas y alcohol para una vez en estado de intoxicación, matar a su enemigo. En estos casos, como expresamente se dispone en el art. 34, 1º y 2º del PCP, al sujeto se le considera plenamente responsable, pues hay *imputabilidad* ya que en realidad comenzó a realizar el hecho desde el momento en que comenzó a beber para luego matar. Es decir, si se le considera imputable porque el sujeto se instrumentaliza a sí mismo en un flagrante fraude de ley, y en realidad comienza a ejecutar el delito desde el mismo instante en que trata de eludir su responsabilidad bebiendo o tomando narcóticos: en ese preciso momento, ya comenzó a planificar y a ejecutar la muerte. Y en ese momento si tenía capacidad plena.

### 3. EL DOLO

Dolo e imprudencia son, en el modelo clásico de Derecho penal, las dos formas de imputar o atribuir el hecho antijurídico al sujeto. Así se deduce de los arts. 95 y 21 del PCP. El primero al decir que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”; y el segundo al incluir ambos términos en el concepto legal de delito. La diferencia esencial entre una y otra forma radica en que, mientras en la culpabilidad *dolosa* el autor ha querido realizar

el hecho injusto, en la culpabilidad *imprudente* el sujeto no ha querido realizar el hecho, pero, sin embargo, se ha producido por su descuido y falta de cuidado, de modo que podía y debía haberlo evitado.

De modo que, el dolo supone conocimiento y voluntad (intención) de realizar el hecho injusto. Por tanto, una persona actúa dolosamente cuando conoce lo que está haciendo, sabe que es contrario a Derecho y, además, quiere hacerlo. El dolo, en su concepto vulgar, es saber lo que se hace y hacer lo que se quiere. En consecuencia, el dolo consta de dos elementos: Primero, el *elemento intelectual*, que se refiere al conocimiento del hecho y al conocimiento de su significación antijurídica. Y en segundo lugar, el *elemento volitivo*, pues una vez que el sujeto sabe lo que hace y su significado, tiene que quererlo, o sea, ha de actuar intencionalmente, aceptando las consecuencias que se deriven de su conducta.

En la actualidad el dolo se define conforme a parámetros estrictamente normativos, alejándose cada vez más de inútiles intentos de concebirlo en términos psicológicos. La prueba del dolo en el proceso penal confirma esta nueva orientación, pues su concurrencia resulta imposible de demostrar a través de la prueba directa, en la medida que la conciencia, voluntad o intención de una persona no son perceptibles sensorialmente (el dolo no es un *objeto* que se halla en la mente del criminal). En consecuencia el dolo sólo puede determinarse mediante la *prueba indiciaria*, es decir, que debe deducirse mediante un juicio de inferencia de la conducta exteriorizada.

Ahora bien, las diferentes gradaciones de la intención, dan lugar a las diferentes clases de dolo, pues la voluntad o contenido del querer del sujeto respecto al hecho, puede perfectamente graduarse. Así pues, se diferencia entre *dolo directo* y *dolo eventual*.

Existe *dolo directo* cuando de forma consciente y querida, la intención del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, bien como un fin o bien asumiendo el resultado como una consecuencia necesaria del acto. Por tanto, es posible dentro del *dolo directo* diferenciar entre un *dolo directo* de *primer grado* cuando la intención del sujeto se dirige directamente al resultado, y las consecuencias de su acción son perseguidas como un fin (querido es lo que el autor ha perseguido como meta), y otro de *segundo grado* (llamado *dolo de consecuencias necesarias*) en el que el autor se representa como necesarias las consecuencias de su actuar y las acepta (querido es lo que el autor ha aceptado como consecuencia necesaria de su conducta).

Por su parte, el *dolo eventual* existe cuando el autor se representa como probables las consecuencias de su comportamiento y, no obstante, decide actuar asumiéndolas (querido es lo que el autor ha asumido). En ocasiones resulta muy complejo diferenciarlo de la imprudencia (en especial de la llamada *culpa consciente o con representación*). En el epígrafe siguiente se analizarán los criterios de diferenciación existentes.

En muchas ocasiones para referirse la *dolo directo* se utilizan expresiones como “*de propósito*”, “*intencionadamente*”, “*con malicia*”, etc. Así pues, dolo directo de primer grado se da cuando alguien quiere matar y mata; o quiere dañar una cosa y la daña. Mientras que *dolo directo de segundo grado* cuando alguien quiere asustar a su anterior esposa y para ello coloca un explosivo en su casa, aceptando la consecuencia de



su muerte si explota cuando ella esté en su interior. En el *dolo eventual* el autor asume el riesgo derivado de su conducta, o acepta el riesgo del resultado.

Así, se ha considerado la existencia de dolo eventual de matar en los siguientes casos, aunque los acusados declarasen que no tenían intención de causar la muerte, pues no resultaba razonable según la lógica y la experiencia general : disparo a corta distancia a zonas vitales; maltrato a un bebé de dos meses; incendio de un edificio sabiendo que había personas en su interior; lanzar un artefacto explosivo contra un coche de policía; ataque con cuchillo de grandes dimensiones que se clava en zona vital; policía que dispara a la altura de la cabeza del conductor al que persigue.

Ha de tenerse presente que el dolo eventual es equiparable al dolo directo a efectos de penalidad, y según la jurisprudencia merecen la misma valoración y reproche penal, pues en ambos casos se menosprecia por igual el bien jurídico protegido.

#### 4. LA IMPRUDENCIA

Ya se ha dicho que dentro de una concepción clásica, la imprudencia es la segunda forma de culpabilidad. Es decir, una de las tradicionales formas de imputar subjetivamente el hecho antijurídico al autor. En realidad se trata de la segunda y menos grave de las dos formas de culpabilidad, puesto que la imprudencia se define negativamente con relación al dolo, al decirse que actúa imprudentemente quien lo hace sin intención. La imprudencia siempre se ha definido desde parámetros puramente normativos.

En la actualidad se afirma que en la *imprudencia* el sujeto no ha querido realizar el hecho, pero, sin embargo, se ha producido por su descuido y falta de cuidado, pudiendo y debiendo haberlo evitado. La esencia de la imprudencia es la infracción de un deber específico de cuidado. Deber de cuidado que se corresponde con el actuar diligente, a determinar conforme a la experiencia común, las normas socio-culturales y la normativa vigente, que prescriben una actuación conforme a las mismas para conjurar los peligros derivados de la conducta. Comporta la infracción de las más elementales reglas de cautela o de diligencia exigible al *hombre prudente y consciente* en el marco de una determinada actividad.

Además, de este dato negativo (ausencia de intención), es común definir la imprudencia en referencia a *la infracción del deber de cuidado* , que aunque puede medirse conforme al parámetro del cuidado normalmente exigible al hombre medio, lo realmente decisivo es el análisis del deber subjetivo exigible a un individuo determinado ante unas circunstancias concretas. Por tanto, lo determinante para decidir si alguien ha infringido el deber de cuidado es confrontar sus conocimientos, capacidades y demás circunstancias personales en el supuesto examinado. Así pues, se trata de un concepto puramente normativo donde ha de valorarse conforme a cada persona y en cada caso concreto, si el resultado de su conducta era *previsible y evitable*; esto es, si podía haberlo previsto y evitado si hubiera actuado diligentemente, tal y como obliga el Derecho.

En resumen, la imprudencia se define conforme a las siguientes notas: Ausencia de intención; infracción del deber subjetivo (personal) de cuidado; *previsibilidad* del riesgo y del resultado (deber de advertir el peligro y de prevenir el resultado); *evitabilidad* de la producción del resultado si el sujeto hubiese obrado conforme al

deber de cuidado. En resumen, el sujeto infringe un deber de cuidado, y como consecuencia ocasiona un resultado que debía y podía haberse previsto y evitado actuando conforme a Derecho. Recuérdese que no puede castigarse la imprudencia si no se produce un resultado lesivo (v. gr., muerte, lesiones, daños, etc.).

Ejemplos característicos de delitos cometidos por imprudencia, son las muertes o lesiones ocasionadas en la conducción de vehículos de motor, de las llamadas imprudencias médicas o sanitarias, en el ámbito laboral, o durante la práctica de ciertas actividades de riesgo como la caza o el montañismo.

El PCP de 2003 ha introducido un importante cambio en la regulación de la imprudencia, pues según dispone el art. 22, sólo se castiga la modalidad imprudente cuando expresamente lo señala la Ley. De modo que cuando una determinada infracción no contiene una previsión específica de sanción a la imprudencia, esta queda impune (conforme al principio de intervención mínima). Esto significa que los preceptos penales en su mayoría sólo castigan la modalidad dolosa, y únicamente como excepción se castiga penalmente la imprudencia.

Por ejemplo, y sin pretensión de ser exhaustivos, si se castiga la imprudencia en los delitos de homicidio (art. 141); aborto (art. 145); lesiones (art. 154); lesiones al feto (art. 149); etc. Naturalmente existen muchos delitos que no se castiga la modalidad imprudente, por la sencilla razón que resulta muy difícil concebir su realización sin intención, como, por ejemplo, el falso testimonio, coacciones, amenazas, las detenciones ilegales, los robos, hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, delitos sexuales, injurias, calumnias, etc. Muy ligado a ello se encuentra la presencia de elementos subjetivos del tipo, que obviamente resultan incompatibles con la comisión imprudente (sin intención) de ese hecho.

En cuanto a las clases de imprudencia, en la doctrina se realizan múltiples clasificaciones, siendo la más importante la que distingue entre *culpa consciente o con representación* y *culpa inconsciente o sin representación*, según si el sujeto se representó o no como posible el resultado producido. Sin embargo, el texto legal sólo diferencia entre *imprudencia temeraria (grave)* e *imprudencia leve*, que parte del criterio de la mayor o menor gravedad de la infracción del deber de cuidado. Así, la *imprudencia temeraria* equivaldría al deber de diligencia más elemental, mientras que la *imprudencia leve* tomaría como parámetro la diligencia del “hombre medio”, aunque en realidad se utiliza como una especie de cláusula residual. Muy importante es la llamada *imprudencia profesional*, en la que un profesional ocasiona un resultado, al infringir la normativa profesional específica y las precauciones más elementales a personas que perteneciendo a una actividad profesional, deben poseer unos conocimientos propios y específicos (la negligencia o impericia profesional suele plantearse en colectivos profesionales como los médicos, arquitectos, conductores, abogados).

Ha de observarse que el PCP de 2003 utiliza junto al término *imprudencia*, el vocablo *culpa*. No obstante, se trata de nociones totalmente equivalentes.

Una cuestión central, ya anunciada al estudiar el dolo, es la relativa al estudio de los criterios existentes para diferenciar el dolo eventual y la imprudencia grave. Es decir, en qué casos una conducta ha de imputarse y castigarse como dolosa, o por el contrario se estima que no ha existido intención, debiendo entonces calificarse de imprudencia grave. Especialmente problemáticos son los casos donde el sujeto se representa el resultado como posible y aunque no lo persigue, este se produce porque un exceso de confianza. Pues bien, para trazar la diferencia entre la responsabilidad dolosa y la imprudencia, se utilizan en la jurisprudencia varias teorías. Destacan la *teoría del*

*consentimiento o aceptación* del resultado por el sujeto (dolo eventual); y la *teoría de la probabilidad* que castiga dolosamente si el agente incrementó el riesgo o las probabilidades de ocasionar el resultado. Pero ha de advertirse que por lo general la jurisprudencia acude a una concepción ecléctica, en la que combina elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento.

## 5. LA EXIGIBILIDAD

La idea de exigibilidad procede de la concepción normativa de la culpabilidad, es decir, del entendimiento de la culpabilidad como reproche personal a quien ha infringido el deber impuesto por el Derecho. Así pues, la culpabilidad consiste esencialmente en formular un reproche jurídico a quien se ha comportado de modo distinto al impuesto por las normas jurídicas, a pesar de que podía y debía haber actuado sin cometer un hecho típico y antijurídico. Y la *exigibilidad* en consecuencia aparece como la esencia misma de la idea del deber de actuar conforme a lo prescrito en las normas jurídicas. De modo que la exigibilidad se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento adecuado a Derecho; y en caso de infringir este deber, pudiendo haberlo cumplido, nace el reproche.

Ahora bien, aquí las ideas de posibilidad de actuar y exigibilidad de hacerlo no son exactamente iguales, puesto que el Derecho no es un orden de virtud ética o religiosa, sino únicamente un orden de coexistencia pacífica. De suerte que no siempre que alguien pudo actuar conforme a Derecho, y no lo hizo, se le puede exigir otra conducta, y, por tanto, tampoco cabrá reprochable no haberlo hecho. Con otras palabras, el Ordenamiento Jurídico, excepcionalmente, contempla expresamente supuestos en donde no quiere obligar a los ciudadanos a comportamientos heroicos, y en consecuencia aunque el sujeto pudo actuar conforme a Derecho, no lo hizo porque sencillamente resultaba excesivamente gravoso, y en esas circunstancias no es adecuado imponer una pena. Nacen así las llamadas *causas de inexigibilidad*, en las que el Derecho renuncia a exigir, bajo ciertos requisitos, un comportamiento conforme a las normas, y, por tanto, lo excusa, eximiéndole del castigo.

En la Lección siguiente estudiaremos las causas de inexigibilidad reconocidas en el nuevo sistema jurídico, que se reducen a las cinco siguientes: el estado de necesidad excusante, el conflicto es entre dos bienes de igual jerarquía (34,4°); eximente de *fuerza absoluta* externa (34,8°); la eximente de *miedo insuperable* (art. 34,6°); *exigibilidad genérica* (34,10°); y *obediencia debida* (34,11°).

## 6. RECAPITULACIÓN

- *Cuál es la diferencia entre culpabilidad formal y material.*
- *Cual es el contenido y estructura de la culpabilidad.*
- *Concepto de imputabilidad.*
- *Requisitos de la imprudencia profesional.*
- *Qué dos consecuencias se derivan del principio de culpabilidad.*
- *Concepto de dolo directo.*
- *Diferencias entre dolo eventual e imprudencia grave (consciente).*

- *Concepto y elementos esenciales de la imprudencia.*
- *Concepto de exigibilidad.*

## **TEMA XII: AUSENCIA DE CULPABILIDAD: CAUSAS DE INCULPABILIDAD.**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Causas de inimputabilidad: anomalías o alteraciones psíquicas; estado de intoxicación plena; alteraciones en la percepción; minoría de edad. 3. Ausencia de formas de culpabilidad: error y caso fortuito. 4. Causas de inexigibilidad: estado de necesidad excusante; fuerza irresistible; miedo insuperable; exigibilidad genérica y obediencia debida. 5. Recapitulación.

### **1. INTRODUCCIÓN**

En la Lección anterior hemos estudiado el contenido y estructura de la culpabilidad. En efecto, para poder decir que alguien es culpable de la comisión de un hecho antijurídico, tenemos primero que determinar su *imputabilidad*; después atribuirle el hecho bien como doloso o en su defecto como imprudente; y por último, comprobar que le era exigible actuar conforme a Derecho. Si estas tres fases son positivas podemos decir que el autor del hecho es culpable. Pero si falta alguno de ellos, no existirá culpabilidad, y en consecuencia no podrá imponerse pena alguna. Precisamente a continuación analizamos, con relación a cada una de estas tres etapas, las causas que imposibilitan efectuar el reproche personal en que consiste la culpabilidad. De ahí que genéricamente reciban el nombre de *causas de inculpabilidad, o de ausencia de culpabilidad, o simplemente excusas*.

En el texto legal la mayoría de ellas (todas salvo el error y la minoría de edad), se encuentran dentro del art. 34 del PCP, como eximentes (“*causas que eximen de la responsabilidad criminal*”). Así pues, en cuanto eximentes se regulan junto a las causas de justificación. Pero aunque se encuentren en el mismo lugar, su naturaleza y fundamento son completamente distintos. Recuérdese que las causas de justificación eliminan la antijuridicidad de la conducta, puesto que se fundamentan en la idea del interés preponderante en casos de conflicto de bienes. Por el contrario, las causas de inculpabilidad sólo eliminan la culpabilidad, pero el hecho sigue siendo típico y antijurídico, lo cual tiene importantes consecuencias; por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, de participación de terceros, etc.

Por ejemplo, aunque el ataque de un enajenado sea inculpable (a él no se le podrá imponer una pena porque es inimputable), sí podrá castigarse al tercero que le deja el arma o le ayuda en el ataque. Además, generará responsabilidad civil. Y desde luego su ataque es injusto (constituye agresión ilegítima), por lo que el agredido podrá defenderse legítimamente.

### **2. CAUSAS DE IMPUTABILIDAD: ANOMALÍAS O ALTERACIONES PSÍQUICAS; ESTADO DE INTOXICACIÓN PLENA; ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN; MINORÍA DE EDAD.**

En el PCP de 2003 existen cuatro causas de *inimputabilidad*, es decir, de ausencia de capacidad de entender y valorar el hecho injusto y de actuar conforme a esta valoración.

Tres se encuentran recogidas en el art. 34 del PCP. Si se aprecian como eximentes completas impiden la aplicación de cualquier pena, aunque entonces sería posible aplicar las medidas de seguridad previstas en los arts. 98 y siguientes del mismo texto legal. Junto a estas tres causas eximentes, aparece la *minoría de edad*, a la que se refiere el art. 33 del PCP y que desarrolla el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Analicemos sucintamente cada una de estas cuatro causas de inimputabilidad.

A). Enajenación mental: anomalías o alteraciones psíquicas. Se contiene en el art. 34,1.º PCP para los casos de existencia de una causa patológica del psiquismo, expresada en términos muy amplios como cualquier clase de anomalía o alteración psíquica, siempre que como consecuencia de esta base patológica se produzca la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a esa comprensión. Así pues, se configura con una doble exigencia mixta, de una parte de naturaleza biológico-psicológica y de otra de naturaleza psíquico-normativa. En resumen recuérdese que la capacidad de culpabilidad (*imputabilidad*) tiene un doble presupuesto: Por un lado existencia de ciertos estados psíquicos, y por otro, de cierta capacidad de autoconducción (motivación) del autor. Y la carencia de alguno de los dos determina la inculpabilidad (STS 13-II-99).

Para su estimación, corresponde desarrollar una tarea valorativa al juez, sobre los informes técnicos y médicos emitidos por los peritos. Se ha de comprobar la existencia de una enfermedad, aunque no entendida exclusivamente en términos médico-psiquiátricos, sino fundamentalmente en su sentido biológico-psicológico y con relación a su afectación a las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto. De ahí que en esencia se trate de una decisión jurídica que sólo puede tomar el juez.

Entre las enfermedades que más habitualmente determinan la apreciación de la eximente, se encuentran la psicosis (endógenas, exógenas, y la maniaco-depresiva); la esquizofrenia; la oligofrenia; la toxifrenia (sobre todo por consumo de heroína); alcoholismo; psicopatía o trastorno de la personalidad; en ocasiones la epilepsia, y también debe hacerse referencia a supuestos de neurosis y paidofilia. Y en general deben tenerse en cuenta los llamados “trastornos mentales transitorios” que aunque traen causa en las citadas enfermedades o anomalías, poseen una duración limitada en el tiempo. En todos los supuestos, ha de evaluarse la intensidad, efectos o incidencias en la *imputabilidad*, su duración, y la forma de aparición. Del resultado de esta evaluación, el juez decidirá si da lugar a la apreciación de la eximente completa (art. 34), de la eximente incompleta (art. 35,1º con relación al art. 80), a una atenuante analógica (art. 35,8º *in fine*) o no apreciar ninguna consecuencia en la penalidad porque no haya afectado a sus capacidades. Así, para apreciar la eximente completa se precisa la anulación de las capacidades referidas. Mientras que para estimar la eximente incompleta será necesario que se afecte con bastante intensidad o que cause una grave disminución de sus capacidades.

Cuando la situación de enajenación o de trastorno mental transitorio ha sido buscada intencionalmente por el sujeto, o debió haber previsto la comisión del delito, se excluye su apreciación conforme a la doctrina ya analizada de las *actiones liberae in causa*.

Como ya se ha dicho, la apreciación de la eximente completa podrá comportar la imposición de medidas de seguridad, siempre que exista peligrosidad criminal.

B). Estado de perturbación. Esto es, que se encuentre en un estado de intoxicación plena por consumo de drogas o alcohol. Se contiene en el art. 34,2º del PCP, que señala textualmente que está exento de responsabilidad criminal, “*el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de perturbación que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, siempre que el estado de perturbación no haya sido buscado con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*”. Como se puede observar, la estructura es exactamente igual a la anterior, pues se requiere primero un estado de toxicomanía o alcoholismo, y que como consecuencia del mismo quede anulada (eximente completa) o afectada gravemente (eximente incompleta) la capacidad de comprensión y motivación del autor.

En casos de *toxicomanías*, la doctrina y jurisprudencia suelen precisar los siguientes requisitos: primero, que el drogadicto se encuentre en un estado de intoxicación derivado del previo consumo de drogas, y actúe bajo su influencia directa o indirecta en caso del síndrome de abstinencia. Segundo, que como consecuencia de este consumo quede anulada por completo la voluntad e inteligencia del sujeto. En cuanto al síndrome de abstinencia debe diferenciarse de la simple crisis de ansiedad (STS 24-XI-97).

En cuanto a la embriaguez, para su apreciación como eximente completa, se exige que el consumo de cualquier bebida determine una anulación de la voluntad e inteligencia del sujeto (STS 10-V-99).

En ambos casos, y al igual que la anterior eximente, podrá apreciarse como eximente completa, como eximente incompleta o como simple circunstancia atenuante, según los criterios de graduación ya expuestos. Y si se aprecia como eximente completa, podrán imponerse medidas de seguridad siempre que se aprecie, además, peligrosidad criminal del sujeto.

También aquí debe aplicarse la doctrina de las *acciones liberae in causa*.

C). Alteraciones en la percepción de la realidad. Se contiene en el art. 34,3º del PCP, y textualmente señala que está exento de responsabilidad criminal, el que, “*por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*”. En opinión de doctrina y jurisprudencia, esta eximente supone una falta de comunicación con el mundo externo, que determina graves carencias para desenvolverse u orientarse moralmente en la convivencia con los demás ciudadanos. Es decir, una situación de incomunicación sufrida con el entorno social desde el nacimiento o desde la infancia, como consecuencia de una alteración perceptiva producida por un defecto sensorial o por excepcionales circunstancias ambientales, que limitan el proceso de socialización del individuo (STS 20-IX-99). Suele plantearse en casos de sordomudez, ceguera, anomalías cerebrales. Siempre claro está, que determinen la falta de comprensión del hecho antijurídico.

También aquí, en función de la intensidad puede provocar la apreciación de la eximente completa, de la eximente incompleta o de una circunstancia atenuante. Así mismo, permite la imposición de medidas de seguridad cuando exista, además, peligrosidad criminal.

D). Minoría de edad. El art. 33 del PCP señala que los menores de dieciocho años “*no se le aplicará ninguna de las penas, medidas o consecuencias accesorias previstas en este Código; pero si es un adolescente, podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en el Libro III, del Sistema de Justicia Penal Especializada del Código de la Niñez y la Adolescencia*”. Por consiguiente, ni los menores o niños ni los adolescentes son responsables criminalmente con arreglo a este Código. Esta nueva disposición no significa que los menores de dieciocho años sean completamente inimputables, o que queden exonerados de toda sanción penal, sino que muy al contrario dice que no serán responsables conforme a las reglas del Código Penal, luego si serán responsables conforme a otra ley. Y esta otra ley es en concreto el *Código de la Niñez y la Adolescencia*, que establece un proceso penal para los menores de dieciocho años, que cometan cualquier hecho delictivo. Por tanto, los adolescentes si son imputables para el Derecho penal en su conjunto, aunque no para el CP. Y en efecto su responsabilidad se determina conforme a reglas diferentes. Esta otra norma establece, además, un catálogo de medidas a imponer a los menores infractores, así como las reglas de aplicación y ejecución de las mismas.

Por su parte, El art. 35,7º PCP contiene una circunstancia atenuante para los delitos cometidos por jóvenes con edad comprendida entre 18 y 21 años.

Pero aunque el Código Penal no fije una minoría de edad penal absoluta, si lo hace el citado Código de la Niñez y la Adolescencia, que señala que sólo es aplicable a *los adolescentes*: de modo que claramente se desprende que los menores o niños si son absolutamente inimputables, puesto que nunca pueden ser responsables penalmente de sus actos (únicamente pueden ser sometidos a medidas civiles y administrativas). Así pues, por debajo de esta edad, la legislación establece que no se posee capacidad de comprender y valorar la ilicitud, ni de actuar conforme a ella. Y esta es una declaración legal que no admite prueba en contrario.

### **3. AUSENCIA DE FORMAS DE CULPABILIDAD: ERROR Y CASO FORTUITO.**

Ya se ha señalado que existen dos formas de atribuir o imputar el hecho típico y antijurídico al autor: La forma más grave llamada dolo, y la menos grave y residual, llamada imprudencia. De suerte que si no es posible decir que el sujeto actuó intencionadamente (dolosamente), entonces debe comprobarse si es posible atribuirle el hecho a título de imprudencia. Pero si tampoco es posible, no podrá imponerse pena alguna puesto que no existe culpabilidad.

Precisamente a continuación se estudian las dos causas que pueden determinar la ausencia de dolo y también de imprudencia, que son el error, y el caso fortuito.

A). Error. El error ha de definirse como el conocimiento equivocado, y, por tanto, supone un conocimiento falso. Decimos que existe error cuando una persona actúa bajo



una creencia que no se corresponde con la realidad. De modo que se realiza una conducta con un conocimiento inexacto o falso.

El error está regulado en los arts. 25 y 26 del PCP de 2003. En el primero se disciplina el error que afecta a cualquier elemento integrante del hecho. A esta clase de error tradicionalmente se le llama *error de hecho*, y en la actualidad suele denominarse como *error sobre el tipo*. Su primer apartado regula los casos en los que el autor cree equivocadamente que no concurren en su conducta alguno de los elementos del tipo de injusto, pero en verdad sí concurren. Si el error es *invencible* quedará exento de pena; pero si el error es *vencible* se castigará, en su caso, como imprudente. Es decir, siempre que ese concreto delito tenga prevista la modalidad imprudente. Para determinar la existencia misma de error, y si éste es vencible o invencible, el juez ha de valorar la clase de infracción a la que va referido el error, las condiciones psicológicas y culturales del sujeto, y la capacidad de conocimiento del agente.

Existe error de tipo, por ejemplo, cuando el autor dispara sobre lo que cree que es un animal, cuando en realidad es un compañero de caza. O cuando alguien dispara, y yerra el tiro alcanzando a un paseante. Y en general, esta clase de error puede afectar a cualquier elemento descriptivo o normativo de los tipos penales, como puede ser un documento, la edad de la víctima, la propiedad de la cosa, la cuantía o valor de lo defraudado, la existencia de autorización administrativa, etc.

En el numeral segundo de este art. 25 se disciplina el error sobre una circunstancia o cualquier otro elemento de agravación de un delito, esto es, que “califique la infracción”. En estos supuestos, la existencia del error determina que no se aprecie la respectiva causa de agravación.

Por ejemplo, el autor no sabía que la víctima fuese funcionario público; o que el cuadro robado tuviese un alto valor histórico; o que la víctima fuese menor de edad. O que fuese su pariente.

Por su parte, el art. 26 contiene el error sobre la significación antijurídica de la conducta, ahora denominado *error sobre la prohibición* y tradicionalmente llamado *error de Derecho*. En esta clase de error, regulada en el numeral primero, el autor cree que su conducta es conforme a Derecho, cuando en realidad no lo es. Es decir, cree equivocadamente que su comportamiento no es delito, pero en verdad sí lo es. En estos supuestos, si el error es *invencible* la conducta es impune y queda exonerado de responsabilidad penal. Pero si el error era *vencible*, entonces se impondrá una pena atenuada respecto a la señalada en el delito correspondiente (numeral segundo).

Se plantean ejemplos de posibles errores sobre la prohibición, tanto cuando el sujeto cree que la conducta que realiza no es delito (v. gr., tenencia de armas; contrabando; etc.), como también cuando el sujeto cree que su actuación está amparada en una causa de justificación (v. gr., legítima defensa putativa, o sea, cuando alguien cree que va a ser agredido y no es así).

Ahora bien, téngase presente que la conciencia de la antijuridicidad, que es el reverso del error sobre la ilicitud o prohibición, no requiere de un conocimiento técnico-jurídico sobre el hecho, sino que basta con un conocimiento vulgar o genérico. Es decir, no es necesario que el autor sepa exactamente que tipo en concreto está realizando, siendo suficiente con que sepa, como profano, que lo que está haciendo es contrario al Derecho.

Es decir, no es necesario que el sujeto conozca exactamente que está realizando un hurto o un robo, sino que basta con que conozca que nadie puede apropiarse de cosas ajenas. Así pues, en este supuesto nunca podría apreciarse un error sobre la prohibición.

B). Caso fortuito. El caso fortuito se define como la producción de un resultado lesivo por mero accidente, sin dolo ni imprudencia. De acuerdo con esta definición, el PCP de 2003, dentro de las eximentes, lo recoge expresamente en el art. 34,9º. Así, señala: “*Con ocasión de realizar una conducta lícita o ilícita cause un mal por mero accidente, sin dolo ni imprudencia*”. Y aunque contenga una regulación expresa del mismo, tampoco es absolutamente necesario, ya que se deduce también directamente del art. 9, cuando afirma que “no hay pena sin culpabilidad”, o cuando advierte que “*la pena sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia*”. Y también se deriva inequívocamente del art. 21, que al definir el delito requiere que exista dolo o imprudencia. En cualquier caso, su regulación expresa extiende su ámbito de aplicación tanto a conductas lícitas como a conductas ilícitas, cerrando de este modo toda vía al renacimiento del viejo pensamiento del *versari in re illicita* o de cualquier otra forma de responsabilidad objetiva o por el resultado.

Por consiguiente, si alguien causa un resultado sin dolo y sin imprudencia, no puede haber responsabilidad penal, porque no hay culpabilidad, al no poderse conectar o atribuir el hecho al sujeto. Se configura así como un supuesto de ausencia de formas de culpabilidad. Los requisitos exigidos por doctrina y jurisprudencia son los siguientes: a) objetivo, consistente en la producción de un hecho por mero accidente; b) subjetivo, no ha de haber ni dolo ni imprudencia; y c) imprevisibilidad, pues el evento no hubiera podido preverse por cualquier persona con capacidad psíquica normal (STS 16-VII-98).

El concepto de *fortuito* según doctrina y jurisprudencia es todo aquello que no puede preverse (STS 6-X-84), y en consecuencia ni se realiza intencionadamente, ni tampoco se infringe el deber de cuidado, puesto que no existe previsibilidad del resultado (STS 24-II-86). Así, por ejemplo, furgón destinado a la recogida de basuras, que circulando por una calle de pronunciada pendiente, pierde inesperadamente el líquido de frenos, y tras todos los intentos desesperados del conductor para detenerlo, aunque avisó a sus compañeros, finalmente colisionó contra un muro, causando la muerte de uno de sus compañeros (STS 31-V-82).

#### **4. CAUSAS DE INEXIGIBILIDAD: ESTADO DE NECESIDAD EXCUSANTE; FUERZA IRRESISTIBLE; MIEDO INSUPERABLE; EXIGIBILIDAD GENÉRICA; Y OBEDIENCIA DEBIDA.**

El PCP de 2003 contempla cinco supuestos de ausencia de culpabilidad fundados en la idea de inexigibilidad. Son el estado de necesidad excusante, la fuerza irresistible, el miedo insuperable, la exigibilidad genérica y la obediencia debida. Todas ellas se encuentran expresamente reconocidas como eximentes en el art. 34 PCP.

A). Estado de necesidad excusante. Ya hemos estudiado el estado de necesidad como causa de justificación, pero también puede estimarse como causa de inculpabilidad cuando los males en conflicto son de la misma naturaleza, entidad, rango o jerarquía; de modo que el necesitado para salvar su bien amenazado, lesiona el bien ajeno. Pues bien, en estos casos de igualdad entre los intereses en conflicto, el Derecho no justifica la conducta porque no se salva el superior (como si ocurre en la justificación), pero si *excusa* o disculpa la conducta, al entender que no era exigible al

necesitado obligarle a que soportara la pérdida de su bien en peligro. Recuérdese que el Derecho no puede exigir conductas heroicas a los ciudadanos.

Por ejemplo, el agricultor que para evitar la sequía de su huerta, se apropia del agua que correspondía a su vecino. O quien para evitar que el incendio llegue a sus árboles, tala los del vecino. Siempre se produce un conflicto entre bienes iguales, en este caso la propiedad.

Así pues, la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad excusante, se encuentra exclusivamente en la diferente entidad de los bienes en conflicto: en el primero el necesitado salva un interés superior en detrimento de otro inferior; mientras que en el segundo, los bienes son valorativamente iguales, salvando uno igual que el que se sacrifica. Por lo demás, está regulado también en el art. 34,5º del PCP, y deben concurrir los mismos requisitos que ya estudiamos. Por lo que allí nos remitimos.

B) Miedo insuperable. Se halla regulado en el art. 34,6º del PCP, al decir que está exento de responsabilidad criminal “*el que obra impulsado por miedo insuperable*”. Según la jurisprudencia, esta eximente hunde sus raíces en el instinto de conservación, y, por tanto, prima el aspecto subjetivo conectado a la reacción psicológica que cada sujeto sufre de manera personalísima y que en ocasiones puede objetivarse. Sus requisitos son: presencia de un miedo que coloque al sujeto en un estado emocional de gran intensidad que haga inexigible cualquier otra reacción; que el miedo esté inspirado en un hecho real, efectivo y acreditado; que el miedo sea insuperable, es decir, invencible según el común de las personas; que el temor sea el único móvil de las personas. También sigue precisando, aunque ahora sin base legal, que el temor anuncie un mal igual o mayor que el causado (STS 29-I-98).

Por ejemplo, podría aplicarse esta eximente a los familiares que pagan el rescate exigido por una organización terrorista, para tratar de lograr la liberación del secuestrado.

C) Fuerza irresistible. Ya se ha señalado que algunos autores la conciben como supuesto de ausencia de conducta, aunque esta interpretación parece conducir a un entendimiento supérfluo del precepto, en la medida que ya se deduce de la definición legal de delito, que requiere siempre de una acción u omisión. Por tanto, si no conducta no puede haber delito. Por ello otros autores prefieren otorgarle naturaleza de causa de inexigibilidad, para los casos donde concurriendo una fuerza física externa, ésta no elimina completamente la libertad de actuar del sujeto que actúa, pero si anula la libertad de determinación. Es decir, así configurada, la fuerza irresistible no afecta a la voluntad de acción, no elimina la acción. Lo que anula es la libertad del sujeto que actúa, no la posibilidad de actuar de otro modo. De suerte que entonces afecta a lo que no se tiene *obligación de resistir* y por ello su concurrencia determina la *inexigibilidad de otro comportamiento*.

Ahora bien, los casos donde en efecto se anule la capacidad de acción, excluyendo la posibilidad de actuar de otro modo, no operan en propiedad como fuerza irresistible del art. 34,8º, sino que sencillamente no existe acción humana voluntaria, y por consiguiente no existirá delito, porque esa conducta será irrelevante. Aquí, dentro de las causas de ausencia de exigibilidad, se comprenden los supuestos de constreñimiento físico e intimidación. De ahí la dificultad de delimitar el ámbito de esta eximente del ámbito de la eximente de miedo insuperable.

Ejemplo clásico de supuesto de ausencia de acción, quien obligado por la fuerza a disparar sobre otra persona en virtud de la presión física ejercida sobre su mano en contacto con el gatillo. Por el contrario, no parece igual si en lugar de apretar la mano, el que realiza la fuerza amenaza con matar al hijo del que tiene el arma si éste no dispara sobre la víctima.

D) Exigibilidad genérica. Está contenida en el art. 34,10º, con el siguiente tenor: *“Realiza una acción u omisión en circunstancias en la cual no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”*. Así definida, constituye una cláusula abierta que materializa el principio general de inexigibilidad, y ofrece cabida a cualquier otro supuesto no contemplado expresamente en las otras causas. Su función de recogida queda subrayada al no contener otros requisitos adicionales para su apreciación.

Recuérdese que la *exigibilidad* en aparece como la esencia misma de la idea del deber de actuar conforme a lo prescrito en las normas jurídicas. De modo que la exigibilidad se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento adecuado a Derecho; y en caso de infringir este deber, pudiendo haberlo cumplido, nace el reproche. Pero existen supuesto en los que el sujeto o bien no ha tenido opción, o simplemente la opción que tenía no puede ser exigida jurídicamente. De ahí que se excuse su comportamiento antijurídico. El Derecho en general, y el Derecho penal en particular, no pueden obligar a los ciudadanos a comportarse como santos o como héroes, haciéndoles soportar cualquier clase de males bajo la amenaza de pena.

E) Obediencia debida. También el art. 34,11º recoge entre las eximentes la llamada “obediencia debida”. Textualmente dice así: *“Obra en virtud de obediencia. Se entiende por obediencia debida siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que la orden dimanar de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley; b) que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden, y; c) que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible”*.

Un sector de la doctrina considera que la obediencia es debida, cuando existe un deber de obedecer. Consecuentemente con este planteamiento esta eximente es entendida como una especie de la eximente de cumplimiento de un deber, es decir como causa de justificación. Pero entonces, esta concepción nos conduce inevitablemente a convertirla en una institución supérflua, pues aunque no estuviera expresamente contemplada en el texto, de todas formas se podría apreciar vía la eximente de cumplimiento de un deber. Y segunda objeción, arrastra a la admisión de los llamados “mandatos antijurídicos obligatorios”, lo que expresamente queda vedado en el requisito tercero. Esto es, fuera de la ley no puede existir obediencia debida. Por tanto, mientras la eximente de cumplimiento de un deber requiere un comportamiento ajustado a la ley, y por tanto es una causa de justificación, la eximente de obediencia debida comporta la ejecución de un comportamiento típico y antijurídico, que queda no obstante excusado por ausencia de exigibilidad, de quien actúa cumpliendo una orden.

En consecuencia, la obediencia debida es una excusa del acto ejecutado en cumplimiento de una orden revestida de las formas exigidas, emanada de un superior jerárquico y competente, que realiza un injusto típico, siempre que no sea evidente, patente y manifiesta su ilegalidad. Sólo entonces opera como eximente. Puesto que si la orden proviene de un particular, de una autoridad incompetente o es manifiestamente ilegal, no cubre la responsabilidad de quien la obedece cometiendo con ello un delito.

Generalmente se dice que la eximente se ha de apreciar cuando quien recibe la orden no la percibe como ilegal.

Por otra parte, al requerir que la orden sea dictada por “autoridad competente”, reforzada con la exigencia de una relación jerárquica entre ambos, parece reducir su ámbito de aplicación a supuestos nacidos dentro del Derecho Público. No obstante, aunque aquí se cierre su extensión a otros ámbitos como relaciones laborales o familiares, podrían tener cabida dentro de la eximente de inexigibilidad genérica.

## 5. RECAPITULACIÓN

- *Explicar la doctrina de las “acciones liberae in causa”.*
- *Explicar la regulación actual de la minoría de edad penal.*
- *Consecuencias del error vencible sobre la prohibición.*
- *Consecuencias del error sobre una circunstancia agravante.*
- *Qué es el caso fortuito; citar un ejemplo.*
- *Cual es la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad excusante.*
- *Diferencias entre cumplimiento de un deber y obediencia debida.*
- *Requisitos de la eximente de miedo insuperable.*
- *Requisitos de la obediencia debida.*
- *Diferencias entre ausencia de acción y fuerza irresistible.*
- *Requisitos de la eximente de actuar bajo un estado de intoxicación plena por consumo de drogas o alcohol.*

## **TEMA XIII: LA PUNIBILIDAD.**

SUMARIO: 1. Concepto de punibilidad. 2. Excussa absolutorias. 3. Condiciones objetivas de punibilidad y requisitos de perseguibilidad. 4. Delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles a instancia de parte. 5. Recapitulación.

### **1. CONCEPTO DE PUNIBILIDAD.**

En el tema VI ofrecíamos una definición doctrinal de delito como hecho humano típico, antijurídico, culpable y punible.

Cuando un hecho es típico, injusto y culpable no resta, *en principio*, sino aplicar una pena. La referencia a la punibilidad, se presenta así como una exigencia lógica en la idea misma de delito, pues un delito sin punibilidad, un delito no punible, carece de sentido. De forma distinta, un delito sin pena es perfectamente posible en el marco de cualquier legislación.

En efecto, en ocasiones, la realización del injusto típico, antijurídico y culpable, aun siendo punible, no será castigada. Para ello, resultará imprescindible que así se exprese y *concretamente se determine*.

Los vocablos punible y punibilidad hacen referencia a la pena como consecuencia jurídica necesaria para la noción de delito, ya que, sin duda, puede darse un delito sin pena, pero es absurdo que se hable de delito, como hecho jurídico abstractamente considerado, sin consecuencia jurídica prevista por la norma.

La punibilidad se identifica con la posibilidad legal de pena. Aparece como una nota conceptual del delito. Pero, en la medida que el delito es perfecto con la mera afirmación abstracta de su punibilidad, al margen de su concreta y real punición, no constituye un elemento necesario de su estructura.

El delito existirá, siendo abstractamente punible, aunque en el supuesto concreto no resulte penado por concurrencia de una *excusa absolutoria* (por ejemplo el art. 245 del PCP) o por incumplimiento de alguna de las *condiciones objetivas de punibilidad*, allí donde las mismas resulten legalmente exigidas. También constituyen supuestos de ausencia de pena alguna de las causas de extinción de la responsabilidad criminal establecidas en el artículo 130 PCP.

En general los sistemas clásicos no permiten a los Tribunales considerar libremente la oportunidad de imponer la pena en función de criterios de conveniencia. De forma distinta, los casos en los que un hecho típico, antijurídico, culpable y punible no van a ser castigados se encuentran tasados por la ley.

### **2. EXCUSAS ABSOLUTORIAS**

Las excusas absolutorias constituyen supuestos de delito punible no penado, en los que el legislador ha considerado conveniente no castigar el delito, pese a la existencia de injusto culpable y punible. Se trata por lo general de causas vinculadas a la persona del autor, que no trascienden a los demás participantes en el delito. Son causas personales y específicas de exclusión de la pena, más no de la punibilidad.

Por tanto, la presencia de una excusa absoluta no afecta al concepto de delito. Éste existe y es punible, pero, precisamente porque interfieren en el proceso de concreción y aplicación de la pena, el delito no va a ser penado.

En el PCP de 2003 se consideran excusas absolutorias, entre otras, las siguientes: el ya citado art. 245, conocida como excusa de parentesco en delitos patrimoniales; el art. 400 por el que queda exento de pena el implicado en un delito de rebelión que lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias; los artículos 306 y 311,4º, que declaran exento de responsabilidad penal al que regularice su situación tributaria siempre que ello se haga antes de que se le notifique la iniciación de una inspección o de que se haya interpuesto denuncia o querrela.

### **3. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD**

Las condiciones objetivas de punibilidad constituyen una confusa categoría jurídica cuyo entendimiento varía en función de las distintas posiciones mantenidas en la doctrina científica.

Entre nosotros, partimos de su concepción como hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad del autor (objetivas) que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. No desempeñan, por tanto, una función estructural en la noción del delito, ya que la infracción es perfecta con independencia de su concurrencia.

A tenor de lo dicho, las condiciones pueden ser fundamentadoras del castigo o cualificadoras del mismo, según que su cumplimiento determine la imposición de la pena o su agravación.

De cualquier forma, debemos tener clara su posición sistemática al margen de la causalidad y de la culpabilidad, sin que tampoco podamos confundirlas con otros institutos de naturaleza estrictamente procesal, a pesar de hallarse exigidos en el articulado del Código Penal. Nos referimos a los denominados requisitos de procedibilidad o perseguibilidad. Elementos que no afectan a la existencia del delito, sino tan sólo a la posibilidad de su persecución procesal.

Se citan generalmente como ejemplos de condiciones de procedibilidad previstas bien el Código Procesal Penal o en el PCP, la exigencia de querrela del ofendido para la persecución de los delitos contra el honor de los particulares y la denuncia que se requiere para perseguir determinados delitos, como por ejemplo, los sexuales.

#### **4. DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE.**

La distinción entre los delitos perseguibles de oficio y los mal llamados *delitos privados*, depende de que su persecución esté condicionada o no a un acto de parte.

En efecto, en algunos delitos, normalmente por la levedad de la infracción o por su escasa trascendencia social, la facultad de poner en marcha el proceso penal queda restringida al ofendido y a un número reducido de personas legitimadas (representantes legales o Ministerio Fiscal). En tales casos nos encontramos ante delitos perseguibles a instancia de parte.

Un ejemplo de tales infracciones lo encontramos en los delitos de calumnia o injurias. También en los delitos contra la libertad sexual suele exigirse que el procedimiento comience sólo mediante denuncia de la víctima.

Frente a tales infracciones, existen otros delitos cuya persecución no está supeditada a la previa actuación de parte, sino que, indistintamente, pueden perseguirse directamente *de oficio* o también ser iniciados por el ofendido. Esta es la regla general.

Constituyen supuestos de delito perseguibles *ex officio*, entre otros muchos, el homicidio, asesinato, lesiones, robo, estafa, cohecho, prevaricato, rebelión, etcétera.

#### **5. RECAPITULACIÓN**

- Concepto de punibilidad.
- Cite tres ejemplos de delito punible no penado.
- ¿Qué son las excusas absolutorias?
- Definición de condiciones objetivas de punibilidad. Diferencias con los requisitos de perseguibilidad.
- Distinción entre delitos perseguibles de oficio y a instancia de parte. Ejemplos.



## **TEMA XIV. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO**

*Sumario: 1. Concepto de pena. 2. Función y fines de la pena. 3. Justificación de la pena. 4. Clases de penas. 5. Otras consecuencias del delito.*

Hasta el momento se han estudiado los elementos generales del concepto de delito. Nos corresponde ahora abordar el estudio de sus consecuencias jurídicas: las penas, las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil derivada del delito. Esta es una parte del Derecho penal a la que tradicionalmente se ha concedido menor importancia que la otorgada a la teoría del delito, algo que resulta plenamente explicable, por cuanto la elaboración de las categorías integrantes del concepto de delito es imprescindible para perfilar los fundamentos de la responsabilidad penal. Sin embargo, la anterior afirmación no puede llevarnos al desconocimiento del punto culminante del ejercicio de la potestad punitiva del Estado: el de la imposición de la pena. Pues con la aplicación de la consecuencia jurídica correspondiente al delito cometido, se confirma la vigencia del Derecho Penal y, en el caso de las penas, la advertencia que el mismo dirige a los ciudadanos.

La comisión de un delito lleva (debe llevar, por mejor decir) aparejada unas consecuencias jurídicas: la pena, una posible medida de seguridad, la responsabilidad civil derivada de aquél y otras consecuencias accesorias. Al estudio de estas consecuencias están dedicados este tema y los siguientes, siempre en el marco del PCP.

### **1. CONCEPTO DE PENA**

La pena es la consecuencia jurídica del delito por excelencia. Junto a la medida de seguridad, que estudiaremos en el tema 16, la pena es el instrumento básico del que se sirve el Estado para tratar de evitar las conductas que atentan más gravemente contra los intereses de la sociedad.

Empezaremos por señalar los rasgos esenciales de la pena en los ordenamientos jurídicos propios de un Estado de Derecho, amoldada, por tanto, a las limitaciones impuestas por los principios fundamentales del Derecho penal, que vimos en el Tema II.

Para ello, si procedemos a analizar las distintas medidas a las que se califica de penas en el art. 47 del PCP -la prisión, la privación de otros derechos, la multa-, advertimos de inmediato que todas ellas comportan la privación o la restricción de un derecho, de un bien jurídico. De donde deducimos que, primero que nada, la pena consiste, desde el punto de vista material, en la privación de un bien jurídico (la pena de prisión, en la privación de libertad; la de multa, en la de una parte del patrimonio, etc.); una privación que se inflige a quien quebranta la ley, a quien incurre en un hecho típico; por tanto, a quien vulnera una norma penal y, consecuentemente, lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido en ella. Lo cual, como sabemos, presupone la existencia de una ley previa en la que se tipifica el hecho realizado y se prevé una pena para el.

De esta forma, la pena aparece como un reproche que se hace al infractor por el hecho por él cometido, un reproche que se encarna en un mal (la privación de un bien). Pero, al mismo tiempo que un mal, puede ser considerada un bien, en tanto su existencia y su aplicación están preordenadas a la salvaguarda de bienes jurídicos, y, por consiguiente, a hacer posible una vida ordenada y razonablemente segura.

*Desde esta perspectiva material, no hay diferencias sustanciales entre la pena y las sanciones previstas en otros sectores del ordenamiento jurídico, puesto que también la multa impuesta por la autoridad gubernativa, consiste a la postre en la privación de un bien, por lo que materialmente entraña un mal. Por ello, decíamos en el tema I que las diferencias entre ilícitos y sanciones penales y administrativas eran de orden cuantitativo no cualitativo, que la diferencia entre ambos tipos de sanciones es meramente formal: la pena es fruto de la comisión de un hecho previamente tipificado por la ley penal como delito o falta, y viene impuesta por los Jueces y Tribunales del orden penal tras el correspondiente proceso penal con todas las garantías (la diferencia se encuentra, pues, en la norma que las prevé y en el órgano habilitado para imponerlas). Las penas globalmente son, en teoría, más graves que las sanciones administrativas -la de prisión, sin duda-, aunque a veces no sea así, atendiendo sólo a la cuantía de las multas, por ejemplo.*

En segundo lugar, la pena únicamente puede imponerse a quien es declarado penalmente responsable de un delito o de una falta, en un proceso penal, celebrado con todas las garantías. De modo que la pena presupone la realización de una infracción penal y del correspondiente juicio, en el que se acredite que aquella ha tenido lugar y de ella es responsable el acusado.

*La imposición de una pena a quien no ha cometido delito alguno, como consecuencia de un error judicial o de prevaricato (art. 449 PCP), aunque se acomode perfectamente a las anteriores exigencias, no es en rigor una pena, toda vez que falta su presupuesto, sino un acto injusto, cuyo quebrantamiento no generaría responsabilidad criminal a tenor del art. 468, cuanto menos por mor del art. 34.5.*

Por último, sólo tiene la consideración de pena la sanción prevenida en la ley penal para hechos calificados como delitos o faltas, con anterioridad a su perpetración.

A partir de los rasgos apuntados la pena puede ser definida como

***el castigo previsto en la ley penal, consistente en la privación de un bien jurídico, impuesto por la autoridad legalmente determinada, tras el correspondiente proceso, celebrado con todas las garantías, a la persona hallada responsable de una infracción penal, precisamente por haber cometido dicha infracción.***

Al definirla de esta forma, estamos poniendo de relieve una evidencia incontestable: que la pena es por encima de todo un castigo; esto es, retribución o precio que al autor se le hace pagar por el delito o falta cometidos (mal que se impone a quien ha cometido un hecho típico, antijurídico, culpable y punible). De donde no se sigue que la retribución sea la única finalidad de la pena, sino tan sólo que ésta conceptualmente es retribución, que la pena esencialmente es castigo, y, sin duda, como castigo o retribución la viven las personas que han de cumplirla. Otra cosa son la función y los fines de la pena a que nos referimos a continuación.

*Ahora bien, si la pena es retribución por el delito cometido ¿cómo deben calificarse una serie de medidas que adoptan las autoridades y que comportan la privación o la restricción de derechos, como la prisión preventiva acordada por un juez, la multa impuesta por la autoridad gubernativa, etc.? La respuesta a esta interrogación ha de hacerse subrayando que en los casos citados falta el presupuesto imprescindible para la imposición de la pena: no hay delito, o mejor no se ha declarado probado judicialmente que se haya cometido. Por tanto, no son penas. Así, en el art. 47 PCP se dice que “no se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza procesal. 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernamentales o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”. No obstante, en el número 3 del art. 53 se establece el abono del tiempo de privación de libertad sufrida preventivamente durante la tramitación del proceso. Con lo que se viene a reconocer de manera implícita que materialmente -al menos la prisión preventiva- son penas, aunque formalmente no lo sean.*

## **2. FUNCIÓN Y FINES DE LA PENA**

De acuerdo con Cobo del Rosal y Vives Antón, distinguimos entre la función y los fines de la pena. La función de la pena en tanto que herramienta esencial del Derecho penal tiene como éste, y así lo hicimos constar al definirlo, una función de tutela: se establecen delitos y sus correlativas penas para proteger los bienes jurídicos tenidos por más valiosos en una sociedad, se castigan hechos como matar, violar, robar,

etc., porque se consideran inaceptables, contrarios a una convivencia pacífica y ordenada, dado que atacan bienes básicos para la misma.

Esta función tuitiva se alcanza (se pretende alcanzar) a través de los fines de prevención general y prevención especial atribuidos a la pena.

*La función y fines de la pena están gráficamente explicados por J. Rawls con el siguiente ejemplo: imaginemos, dice, que un niño pregunta a su padre: - “¿Por qué ayer metieron en la cárcel a J?” A lo que el padre responde: “- Porque asaltó el Banco de B. Se le juzgó debidamente y se le halló culpable; por eso le pusieron ayer en la cárcel”. (Respuesta fundada en que robar es delito, según la ley penal, y está castigado con la pena de prisión). Ahora supongamos, continúa Rawls, que el niño pregunta algo distinto: - “¿Por qué unos ponen en la cárcel a otros?”; y que el padre contesta: - “Para proteger a los buenos de los malos”, o “para impedir que haya gentes que hagan cosas que perjudicarían a todos, pues si no fuera así no podríamos ir a dormir por la noche...”. En las preguntas y respuestas reproducidas se indaga y contesta sobre la función de protección y sobre los fines de la pena; unas tiene que ver con algo que ha sucedido, miran al pasado; otras miran hacia el futuro.*

a) La prevención general responde a las ideas de intimidación y educación que se quieren hacer llegar a todos los ciudadanos, para convencerles de que no deben delinquir. La intimidación se trata de conseguir tanto mediante el establecimiento de las penas para las conductas prohibidas, como por su imposición a concretos infractores, llevando, en consecuencia, al ánimo del conjunto de la población el temor al castigo ante la conminación genérica y ante la condena de específicos delincuentes (que conecta con la conocida máxima “escarmentar en cabeza ajena”). Esta faceta de la intimidación suele denominarse prevención general negativa o intimidatoria.

También, a través de la pena se persigue llevar al ánimo de los ciudadanos, a imprimir en sus conciencias, la idea de acatar las normas. Es lo que se conoce como prevención especial positiva.

b) Si el fin de prevención general está dirigido a convencer a la ciudadanía de que no se debe delinquir, el de la prevención especial tiene por objetivo evitar que quien ya ha delinquido vuelva a hacerlo. Quien delinque pone de manifiesto que la mera prevención general no es suficiente freno para él, por lo que se hace necesario castigarle, retribuirle el delito que ha cometido con una pena, con dos objetivos: escarmentarle y reeducarle, para que no vuelva a delinquir. Como es lógico esta finalidad trata de alcanzarse en la fase de ejecución de la pena por la reeducación, el escarmiento y, cabe añadir, utilizando la expresión acuñada por los positivistas

italianos, por la *inocuidad*, la separación, el apartamiento del delincuente del resto de la sociedad con su internamiento en un centro penitenciario.

La persecución de los referidos fines de prevención general y prevención especial, como hemos adelantado, tiene por norte la tutela de bienes jurídicos, toda vez que merced a ellos se busca persuadir a los ciudadanos de que no delincan.

### **3. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA**

Desde siempre la doctrina ha debatido e intentado aclarar el por qué y el para qué de la pena (cuestiones vinculadas a las relativas a la función y fines del Derecho penal), y al respecto ha manejado tres ideas fundamentales: las de retribución, prevención general y prevención especial, a las que nos hemos referido.

*La función primordial de la pena, ya lo hemos dicho, es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Y para cumplir esa función, mediante la pena persigue los fines de prevención general y especial. Pero, la prevención general y la especial, aun constituyendo las finalidades empíricas de la pena, no la justifican por sí solas. Por el contrario, la justificación de la pena por su utilidad, solamente puede tener lugar dentro de los límites dimanantes del principio de proporcionalidad, como justa retribución del injusto culpable.*

*Por tanto, en la función de tutela jurídica habrán de radicarse tanto el fundamento justificativo de la pena como los límites de esa justificación. De manera que si la idea de tutela conduce a la justificación del castigo por su utilidad, la necesidad de que la misma sea jurídica exige que no pueda obtenerse a cualquier precio, sino únicamente dentro de los límites dimanantes del principio de prohibición del exceso o proporcionalidad en sentido amplio. En definitiva, la función de tutela jurídica que corresponde a la pena, exige que la retribución, prevención general y especial sean componentes necesarios sobre los que asentar su justificación, debiendo estar presentes, aunque en distinta medida, en cada una de las fases de vida de ésta (teoría mixta de la justificación del castigo).*

Que la pena existe es una realidad incuestionable. La pena existe por la elemental razón de su presencia en todos los ordenamientos jurídicos -ciertamente no con la misma legitimidad, pues no es equiparable la que la sustenta en un régimen democrático, en el que está implantado un Estado de Derecho, con la que lo hace en uno autoritario-, porque es una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son, para decirlo con palabras del Proyecto alternativo del Código penal alemán (lo que no entraña afirmación alguna sobre la justicia o la injusticia de la pena en abstracto). Dicho esto, lo que nos planteamos y pasamos a exponer son las diversas teorías que han tratado de justificar la existencia de la pena, y

que pueden ordenarse en tres grupos: las llamadas teorías absolutas, las teorías relativas y las mixtas.

a) Las teorías absolutas tienen en común referir al delito la justificación de la pena: la pena se justifica sobre la base de que las malas acciones merecen una compensación, un castigo, con el tope de la ley del Tali3n. Por tanto, la pena se impone por la previa comisi3n del delito, se impone porque se ha delinquido, como retribuci3n al delito.

*En cambio, los defensores de estas ideas tienen por irrelevante la eventual utilidad de la pena. Es m3s, entienden que justificar la pena por la utilidad que de ella pudiera derivarse, supondr3a servirse del ser humano como un medio para el logro de un fin. El castigo, estiman, es un fin en s3 mismo, se ha de castigar porque se ha delinquido, para as3 alcanzar un ideal de justicia. El principal problema que plantea esta concepci3n estriba en que recuerda mucho a la venganza, ya que castigar sin ninguna finalidad es inhumano.*

Suele citarse como partidarios de esta corriente a Kant y a Hegel.

b) En las teor3as relativas, la utilidad pasa a ocupar un primer plano. El fundamento de la pena pasa de estar radicado en el delito cometido a estarlo en la utilidad de la pena para prevenir y evitar futuras infracciones. El fundamento de la pena reside, pues, en la prevenci3n de nuevos delitos; prevenci3n que puede perseguirse actuando sobre la persona que ha delinquido (teor3as de la prevenci3n especial) o sobre la colectividad (teor3as de la prevenci3n general), en los t3rminos rese3ados en el ep3grafe anterior.

c) Las teor3as mixtas han surgido para superar los inconvenientes de las absolutas y las relativas, y son mayoritarias en la doctrina actual, aunque entre las formulaciones hechas o seguidas por los distintos autores hay diferencias notables. Las coincidencias quedan limitadas al convencimiento general en la necesidad de que la pena sea precedida por la realizaci3n de un delito y que con ella se pretenda alguna utilidad.

En esta l3nea, para nosotros la pena tiene un doble fundamento: la pena solamente se justifica en la medida en que es 3til para contener la delincuencia, para lograr que los ciudadanos, mayoritariamente, se abstengan de delinquir v3a prevenci3n general y/o especial, y, por consiguiente, sea 3til para tutelar bienes jur3dicos y propiciar

una convivencia en paz, siempre que la persecución de esa utilidad no conduzca a rebasar los límites de la justicia distributiva, esenciales en un Estado de Derecho.

#### **4. CLASES DE PENAS**

Las penas han experimentado, en general y en casi todas las legislaciones, una evolución hacia la humanización, que se advierte con sólo pensar en la desaparición de las penas corporales, de las especialmente crueles, de la de muerte en numerosos países, en la frecuente fijación de unos topes para las privativas de libertad, etc. En esta misma dirección, el PCP establece que las penas que en su virtud pueden imponerse son:

- la prisión,
- la privación de otros derechos y
- la multa.

La prisión aparece así como la pena más grave que puede imponerse al autor de un delito. Una pena que en un momento histórico se contempló como una solución eficaz para combatir la delincuencia, casi la panacea universal, y hoy es objeto de serias críticas, pese a lo cual se encuentra recogida en todos los ordenamientos jurídicos.

En el PCP se clasifican las penas en atención a varios criterios.

1º. Por su carácter se distingue en el art. 47 entre:

a) penas principales, que son:

- la prisión,
- la privación de otros derechos,
- la multa;

b) penas accesorias:

- la privación de otros derechos,
- la multa.

*Las penas accesorias tienen la duración que respectivamente tenga la pena principal (art. 48).*

2º. Por su gravedad, conforme al art. 49:

a) penas graves:

- prisión e
- inhabilitación superiores a cinco años;

b) penas menos graves:

- prisión e inhabilitación de seis meses a cinco años;
- privación del derecho a conducir vehículos motorizados y del derecho a la tenencia y portación de armas y la de residir en determinado lugar superiores a un año;
- multa superior a noventa días; y
- trabajo en beneficio de la comunidad superior a treinta jornadas;

c) penas leves:

- privación del derecho a conducir vehículos motorizados o del derecho a la tenencia y portación de armas y privación del derecho a residir en determinado lugar hasta un año;
- multa de hasta noventa días;
- trabajo en beneficio de la comunidad de hasta treinta jornadas.

3°. Por otra parte, dentro de las penas privativas de libertad se incluye:

- a) la prisión,
- b) el incumplimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, y
- c) la falta de pago de la pena de multa, impuestas por sentencia judicial (art. 51).

Y esta última, la responsabilidad personal subsidiaria por falta de pago de multa tendrá la naturaleza de menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya (art. 49.2).

Por otra parte, aunque no se mencionen expresamente en el catálogo de penas, ha de dejarse constancia de la previsión del arresto domiciliario y de fin de semana en el art. 65.1.



#### 4.1. Prisión

La privación de libertad como pena en sí misma considerada es relativamente reciente y, como es sabido, consiste en el confinamiento de una persona en un establecimiento penitenciario durante un cierto tiempo. En el Antiguo Régimen y en épocas más pretéritas las penas corporales, la pena de muerte, el destierro, la confiscación de bienes, los trabajos forzados, constituían el grueso de la represión punitiva, quedando relegada la prisión a mera medida de aseguramiento mientras alguna de aquellas se acordaba. Si acaso, la prisión se aplicaba como forma de hacer desaparecer a una persona (las temidas *lettres de cachette*; recuérdese “*El conde de Montecristo*”) o en las condiciones más penosas, frecuentemente ligadas a trabajos forzosos.

A partir del siglo XIX, la pena privativa de libertad adquiere una relevancia capital, pues se piensa que presenta numerosas ventajas (por su carácter igualitario, perfecta adaptación a la gravedad de los hechos, por ser ejemplares, correccionales), a la vez que por la influencia de la Ilustración, de pensadores como Montesquieu, Beccaria o Bentham, de reformadores como Howard o el coronel Montesinos, su aplicación se fue dulcificando. Pero, las expectativas generadas por la pena de prisión resultaron un fiasco y hoy, generalizadamente, se cuestiona su oportunidad, su eficacia, su coste, sus efectos en orden al contagio de hábitos criminales o al deterioro o a la desintegración de la personalidad del penado, etc. De ahí que hayan ido apareciendo o consolidándose una serie de instituciones como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la sustitución de estas penas, etc. En cualquier caso, la pena de prisión sigue ocupando un lugar destacado en todos los ordenamientos punitivos, seguramente porque a lo largo de la historia no hemos sido capaces de encontrar otra solución que la de eliminar o encerrar a quienes han cometido un hecho delictivo grave.

*B. Russell subrayaba cuán absurdo nos parecería a todos el comportamiento de un individuo que, de buena mañana, se enojase con su automóvil al no conseguir encender el motor y le dijese: - “como has sido un coche malo voy a castigarte no dándote gasolina hasta que decidas arrancar”. Sin embargo, añadía, nuestra actitud con los delincuentes no es muy distinta de la del individuo del ejemplo.*

Hay una inequívoca tendencia en los sistemas de Derecho comparado actuales a evitar la imposición de penas privativas de libertad de corta duración, por entenderse que el

ingreso en prisión por un corto período de tiempo supone en realidad un factor criminógeno, que favorece la *desocialización* del sujeto en lugar de su socialización; al tiempo que se reputa igualmente inadecuada la imposición de penas privativas de libertad excesivamente largas, por el efecto destructor de la personalidad del interno que conlleva su imposición.

Asimismo, en los sistemas contemporáneos la pena fijada para los diferentes delitos oscila entre unos límites mínimo y máximo tasados en la ley, que los jueces no pueden rebasar al concretar la pena en los casos que resuelven. Así, en el art. 52 del PCP se establece que

***la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinticinco años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos***

*(como el del art. 140.3 que prevé la prisión de veinte a treinta años para el autor de un delito de asesinato, cuando concurren dos o más de las circunstancias del número 1 del citado art.).*

Y, también con carácter general, en el art. 81 se dice que

***la pena ha de decretarse entre el máximo y el mínimo señalado para el delito o la falta de que se trate, y que nunca podrá ser mayor del máximo ni menor del mínimo señalado en la ley.***

Sin embargo, acto seguido, en el mismo art. se sientan unas excepciones al referido criterio general para la determinación de la pena superior e inferior a los límites mínimo y máximo. En primer lugar, se autoriza la imposición de una pena inferior al límite mínimo, cuando así resulte de la aplicación de la regla correspondiente; ahora bien, si en virtud de dichas reglas procede imponer una pena de prisión inferior a seis meses, ésta se sustituirá de acuerdo con el art. 94, sin perjuicio de que pueda ser suspendida. Y segundo, cuando en aplicación de alguna regla legal proceda imponer una pena superior que exceda de los límites máximos fijados en el PCP, se considera como inmediatamente superior la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.

#### **4.2. Penas privativas de otros derechos**

De acuerdo con el art. 54 lo son:

- a) Las de inhabilitación absoluta.
- b) Las de inhabilitación especial.

- c) La privación del derecho a conducir vehículos motorizados.
- d) La privación del derecho a la tenencia y portación de armas.
- e) La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
- f) El trabajo en beneficio de la comunidad.

Se trata, como fácilmente se advierte, de un conjunto de penas que tienen entre sí pocos puntos de contacto (salvo los existentes entre las dos penas de inhabilitación), por más que estén agrupadas bajo una denominación común, que eso sí refleja lo único que comparten: privan de un derecho distinto del de libertad. Veámoslas brevemente por separado.

a) La inhabilitación absoluta consiste en la pérdida del cargo o empleo público, aunque provenga de una elección popular, la privación de todos los honores públicos, así como la incapacidad para obtener cualquier otro honor, cargo o empleo público y la pérdida del derecho a elegir y ser electo durante el tiempo de la condena. Su duración es de seis a veinte años (art. 55).

b) La inhabilitación especial, con arreglo al art. 56, puede consistir en:

a') la privación del derecho a ejercer una profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otra actividad; y podrá consistir en la prohibición de ejercer el comercio o de formar parte de los órganos de una persona jurídica, cuando el delito se cometa en el ejercicio de la actividad comercial o importe la violación de la buena fe en los negocios;

*Y se aplicará siempre que el delito se cometa abusando de la profesión, oficio o actividad o importe una grave y reiterada violación al deber de cuidado o pericia que requiere la profesión oficio o actividad;*

b') la privación para ejercer el derecho de sufragio pasivo o ser elegido para cargo público;

Y, con arreglo a los arts. 57 y 58, en:

c') la inhabilitación especial para ejercer empleo o cargo público, que produce la privación del empleo o cargo sobre el que recae y de los honores que le sean anexos durante un periodo de seis meses a veinte años, así como la incapacidad para obtener el

mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena (debiendo explicitarse en ésta los empleos, cargos u honores afectados);

d') inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos derivados de la relación madre, padre e hijos, de la tutela o guarda, que priva del referido ejercicio durante el tiempo de la condena.

Las de inhabilitación no han escapado a las censuras de la doctrina, que ha cuestionado la oportunidad y utilidad de unas penas que pueden privar a una persona de su único medio de vida, lo que lejos de favorecer su reeducación y su reinserción social, más bien pueden impulsarla hacia el camino de la delincuencia (con lo que la declaración programática del art. 46; al tiempo que se ha cuestionado su engarce con el principio de igualdad, debido a que se trata de una pena que puede causar serios perjuicios a unas personas y, prácticamente, nulos a otras.

Cuando haya de imponerse una pena superior que exceda de los límites máximos fijados, se impondrá la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinticinco años.

c) Privación del derecho a conducir vehículos motorizados y de tenencia y porte de armas, con las correspondientes revocación de la autorización o licencia requeridas y prohibición de su nueva obtención y del ejercicio de tales actividades de tres meses a diez años.

*A esta pena puede objetársele, como a la de inhabilitación especial, que su incidencia puede ser muy dispar sobre unas u otras personas (piénsese en la distinta repercusión que la privación del derecho a conducir tiene en quien se gana la vida al volante de un taxi, de un camión o de un autobús, y en la persona que puede pagarse un conductor particular o para la cual conducir es una actividad secundaria, de puro ocio.*

d) Privación del derecho a residir en determinado lugar o de aproximarse o comunicarse con ciertas personas, que se concreta, según el art. 60, en:

a') la privación del derecho de residir en determinados lugares o acudir a ellos, de un mes a cinco años, impide al penado volver al lugar en el que cometió el delito o en el que resida la víctima o su familia, si son distintos;

b') la prohibición de acercarse a la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juzgador, que impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, sus lugares de trabajo o cualquier otro que ellas regularmente frecuenten;

c') la prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, que impide al condenado establecer contacto escrito, verbal o visual, sea cual fuere el medio empleado.

*El art. 60 finaliza diciendo que la privación de este derecho tendrá una duración de tres meses a diez años. Y parece que debe entenderse que dichos límites están referidos a las prohibiciones de los números 2 y 3, y no sólo a la del tercero como sugiere el singular empleado.*

*Se trata de una pena que sólo tiene sentido cuando está dirigida a proteger los intereses de las víctimas de determinados delitos (de delitos sexuales, de malos tratos, etc.; en cambio sería absurdo imponerla al autor de un delito de índole urbanística, por ejemplo).*

*Una dificultad consustancial a esta clase de penas es la de la verificación de su cumplimiento.*

De tener que imponerse una pena superior, se impondrá la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.

e) Prestación de trabajo en beneficio de la comunidad (art. 61)

Consiste en prestar, entre un día y un año, una cooperación no retribuida en determinadas actividades físicas o intelectuales de utilidad social, en establecimientos públicos o privados de utilidad social, siempre que no atenten contra la dignidad del penado y se cuente con su consentimiento. Por otra parte, el trabajo habrá de ser proporcionado por la administración municipal, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

*La ejecución de la pena se ha de desarrollar bajo la vigilancia del juez o tribunal sentenciador, en jornadas diarias que no podrán exceder de las ocho horas. Y para su cómputo, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.*

Si el condenado incurre en tres ausencias no justificadas al trabajo, el juez correspondiente ordenará que la sentencia se ejecute ininterrumpidamente hasta el cumplimiento de la condena, computándose en tal caso un día de privación de libertad por cada dos jornadas diarias que no cumpla (art. 62).

Parece que se ha previsto en este art. una especie de responsabilidad personal subsidiaria por el incumplimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, similar a la establecida para el impago de la pena de multa (art. 65).

También aquí, conforme al art. 81, si hubiera de imponerse una pena que excediera del límite máximo marcado, se considera superior la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de un año y medio.

Con este tipo de penas se trata de evitar los inconvenientes de las privativas de libertad, a la vez que se pretende obtener un efecto resocializador. Requisito y características esenciales de esta pena es el necesario consentimiento de la persona a quien se impone, y el no estar remunerada la actividad desempeñada.

*En el Convenio de Roma de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y en su art. 4º.2. se proclama: "Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio". Y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York en 1966, art. 8º.3.a): "Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio" (declaración que se matiza en los apartados b) y c). Estos preceptos pueden ser interpretados como proscripciones absolutas de todo tipo de trabajo impuesto a un penado, pero también, de conformidad con las matizaciones apuntadas en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, admiten una lectura menos rígida.*

### **4.3. Multa**

La de multa ha visto aumentada su presencia en el conjunto de las penas previstas en los textos punitivos, en general, con el beneplácito de la doctrina. Esta buena acogida obedece a las ventajas que presenta sobre la de prisión: así, por ejemplo, no tiene los efectos despersonalizadores ni estigmatizadores de la prisión, ni desconecta al penado de su entorno social: lo que la hace especialmente apropiada para delincuentes de carácter ocasional o no necesitados de resocialización; por otra parte, admiten una adaptación considerable a la gravedad de hecho y a las posibilidades económicas del culpable, favoreciendo el trato igualitario. También se aduce a su favor el hecho de que

supone un perjuicio fácilmente reparable en caso de error judicial. Además, conlleva un ingreso y no un gasto para el Estado. Junto a ello se indica igualmente que, a pesar de no afectar a un bien tan personalísimo como es la libertad, conserva su carácter intimidatorio y eficacia preventiva. No obstante, se reserva para los delitos de menos entidad, porque no se la considera tan disuasoria como la de prisión.

La pena de multa estriba en el pago de una suma de dinero que se fijará en días multa (con arreglo al conocido como sistema escandinavo), dentro de los límites señalados para cada delito, que oscilan entre los diez y mil días (teniendo en cuenta que el límite máximo no se observará cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra). Dentro de los límites indicados, los jueces y tribunales fijarán el número exacto de días multa en atención a la gravedad del hecho, a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como a las características propias del autor que estén directamente relacionadas con la conducta delictiva (art. 64).

La cuantía de dinero correspondiente a cada día la fijarán los jueces, en sentencia motivada, conforme a la situación económica del imputado, tomando en cuenta sus ingresos diarios y los gastos razonables para atender sus necesidades y las de su familia. Un día multa se calcula sobre la base de una tercera parte del ingreso diario del condenado.

El importe total de la multa ha de ser cubierto en el plazo de treinta días, una vez firme la sentencia, aunque puede establecerse un plazo mayor, aun después de dictada aquella, o bien el pago en tractos o cuotas sucesivas.

Está previsto además que se realicen las indagaciones necesarias para la averiguación de la verdadera situación económica del imputado, y que se exija el otorgamiento de garantía sobre los bienes propios del condenado; así como el destino de la multa (a beneficio del Sistema Penitenciario) y que de la pena de multa impuesta se descuente la parte proporcional que se haya satisfecho con otra pena o con cualquier medida cautelar personal.

La pena superior es la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de mil quinientos días (art. 81.4.d).

Dicho esto, cabe hacer varias matizaciones. La primera atinente a la subsistencia de la pena de multa proporcional en algunos tipos de la Parte Especial, consistente en una multa determinada con arreglo a múltiplos, divisores o tantos por ciento que se aplican sobre una magnitud concreta (como, v.gr., en el art. 349). La segunda, relativa a la afectación desigual que la multa tiene sobre las personas con más medios económicos y las menos favorecidas, pues por más que se marquen criterios para acomodar al máximo la multa a las posibilidades de cada cual, siempre pesará más sobre las economías más maltrechas y débiles, para las que poco dinero siempre es mucho; incidencia despareja que, en lógica consonancia, torna a aparecer a la hora de trocar la multa en responsabilidad personal subsidiaria.

#### **4.4. Responsabilidad personal subsidiaria (art. 65)**

El condenado a una pena de multa que voluntariamente, por vía de apremio o por falta de capacidad económica, no abone su importe, y previa su conformidad, queda sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas; privación de libertad que puede cumplirse, en atención a las circunstancias personales del sujeto, en régimen de arresto domiciliario o de fin de semana. Cuando la multa sea proporcional, los jueces establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder de un año de duración. En ambos casos, cabe la posibilidad, si el condenado está de acuerdo, de que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, a razón de un día de trabajo por cada día de privación de libertad.

El cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria extingue la obligación del pago de la multa, aunque el condenado mejore de fortuna y alcance una situación en la que le sea posible el pago.



Este tipo de pena ha sido desde siempre objeto de gran polémica doctrinal, insistiéndose, incluso, en su supuesta inconstitucionalidad. De hecho, se planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo que regulaba el arresto sustitutorio en el Código penal español anterior al vigente, de forma muy parecida al actual. En este caso, el TC resolvió a favor de la constitucionalidad en Sentencia 19/1988, en la que consideró que el sistema español, muy parecido al nicaragüense, era acorde con el principio de igualdad ante la ley por cuanto en el ordenamiento penal se habían adoptado una serie de previsiones tendentes a adecuar la pena de multa a la economía del condenado y a flexibilizar su ejecución, al permitir el pago fraccionado y admitir suficientes posibilidades adaptación. En suma, se dice, en la sentencia citada, ante la responsabilidad personal subsidiaria no se está ante una inaceptable sanción de la pobreza, sino ante la previsión del incumplimiento o inejecución de una pena.

Veamos algunos aspectos del régimen jurídico concreto de esta pena privativa de libertad:

a) Su imposición no es automática, está reservada al supuesto de que la persona condenada no satisfaga, voluntariamente, por vía de apremio p por falta de medios, la multa que se le ha impuesto.

b) Su cómputo debe ajustarse a lo dispuesto en el art. 65.1: un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

*Así, por ejemplo, a una condena de multa de ocho meses, le corresponderá, caso de impago, una privación de libertad subsidiaria de 120 días.*

c) Su cumplimiento puede adaptarse al régimen de trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad del penado, a razón de una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad.

d) El PCP no indica el límite máximo de duración de esta prisión subsidiaria, pero el mismo se deduce de la duración máxima de la multa (art. 64); dado que esta puede ser

como máximo de mil días, resulta que la pena por impago parece que tampoco podrá exceder de quinientos días, con la salvedad ya advertida del art. 81.4.d). Ahora bien, como el número 3 del art. 65 pone el tope en un año de arresto sustitutorio, en los supuestos de pena proporcional, nos parece que este tampoco puede superarse por el impago de una multa impuesta conforme al sistema general.

#### **4.5. Penas accesorias**

En el art. 47.2 se señalan la privación de otros derechos y la multa como penas accesorias, y en el art. 66 se especifica que las inhabilitaciones son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la ley declara que otras las llevan consigo.

Por otra parte, se dispone que las penas de prisión de diez o más años llevarán consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviera prevista como principal para el supuesto de que se trate. En las penas de hasta diez años, los jueces o tribunales podrán imponer, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria, comercio o cualquier otra actividad relacionada, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, salvo que ésta ya estuviera prevista como pena principal para el supuesto de que se trate.

Por último, está prevista la posibilidad de que las penas indicadas en el art. 66 se impongan, por un tiempo no superior a tres meses, por la comisión de una falta contra las personas.

Y, de manera expresa, se dispone en el art. 86 que siempre que los jueces o tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas.

#### **4.6. Prohibición de presencia**

En los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordarse en las sentencias una o varias de las prohibiciones siguientes:

a) la de aproximación o comunicación a la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; y

b) la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

Prohibiciones que también pueden acordarse en caso de faltas contra las personas.

## **5. OTRAS CONSECUENCIAS DEL DELITO**

De la comisión de un hecho delictivo no sólo se deriva la responsabilidad penal, sino también la denominada responsabilidad civil *ex delicto*. La naturaleza de una y otra forma de responsabilidad no es equivalente. Con la pena el sujeto culpable responde frente al Estado y la colectividad. Con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o sobre los perjudicados por el mismo.

En algún momento de la historia la naturaleza penal o civil de este tipo de responsabilidad fue tema controvertido, pero hoy está bastante generalizada su inclusión en el orden privado, tan es así que en el art. 114 *in fine* se da opción al perjudicado por el delito a exigirla ante la jurisdicción civil.

Lo mismo ocurre con las costas procesales, que no son propiamente una institución específica del Derecho Penal. No obstante, tanto la responsabilidad civil derivada del delito como las costas procesales pueden estimarse consecuencias más o

menos directas del delito, de tal forma que su naturaleza, civil o procesal, no impide que por razones pragmáticas su regulación se contenga en el Código Penal.

También el decomiso y una serie de consecuencias accesorias que recaen sobre las personas jurídicas tienen su ubicación en este epígrafe, junto a las anteriores instituciones, a todas las cuales dedicamos las siguientes consideraciones.

### **5.1. La responsabilidad civil**

De manera muy breve, vamos a referirnos al contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, remitiendo el resto de cuestiones que surgen a su alrededor, por ejemplo, el de las personas civilmente responsables, a la regulación contenida en el texto punitivo.

Con arreglo a los artículos 114 y 115 del PCP, la responsabilidad civil derivada del delito comprende: a) la restitución; b) la reparación de los daños materiales y morales; c) la indemnización de perjuicios.

Esta enumeración tiene carácter gradual y escalonado. De modo que lo primordial es la restitución de los efectos del delito y, únicamente cuando la misma no sea posible, o cuando las cosas recuperadas hayan sufrido demérito o deterioro, con la consiguiente devaluación, procederá la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, siendo desatinado fijar daños y perjuicios cuando los efectos del delito se hayan recuperado o restituido sin tara o depreciación apreciables (como ha dicho, por ejemplo, el TS español en sentencia de 13 de octubre de 1990).

De este modo, resulta claro que el orden de prelación del artículo 115 reviste carácter preceptivo para el juzgador (no para las partes, dado el carácter privado de la institución), sin que pueda decretarse la indemnización si la restitución resultara posible. En cualquier caso la regulación legal obliga a delimitar los supuestos que establece.

a) La restitución es el concepto más claro, aunque no es aplicable a todos los delitos, puesto que se refiere a

***la devolución del mismo bien, siempre que sea posible, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen (art. 116.1 PCP)***

La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable. En este último caso, la restitución se transforma en indemnización, al igual que sucede, parcialmente, en el supuesto de restitución de la cosa deteriorada o menoscabada.

b) La reparación de los daños materiales o morales consistirá en

***la obligación de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a su naturaleza y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art. 117 PCP).***

c) La indemnización de perjuicios materiales y morales

***comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se causen a sus familiares o a terceros (Artículo 118).***

A este respecto, al incluirse los perjuicios materiales dentro de la indemnización, puede producirse confusión con la reparación del daño. El criterio de distinción parece que puede articularse entendiendo como daños los causados en las cosas y como perjuicios los restantes males producidos por el delito.

El problema real de la indemnización de los perjuicios se concreta en los de carácter moral, cuya evaluación no siempre resulta clara, pero que deberá realizarse atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión producida, sin que parezca oportuno el establecimiento de criterios rígidos de carácter general.

d) En el art. 119 se prevé la **moderación** en estos términos

*si la víctima contribuye con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de la reparación o indemnización.*

e) Jueces y tribunales han de establecer razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamentan las cuantías de daños y perjuicios (art. 120).

f) Por último, nos limitamos a dejar constancia de la regulación ofrecida en los arts. 121 y ss, en la que se determinan las personas civilmente responsables, la responsabilidad de las aseguradoras, las eximentes sin excepción de responsabilidad civil, la corresponsabilidad, la responsabilidad patrimonial del Estado, la limitación de la responsabilidad civil del partícipe en los efectos del delito y las reglas para el cumplimiento de la responsabilidad civil y el orden de prelación de los pagos.

## **5.2. Decomiso y otras consecuencias accesorias que recaigan sobre las personas jurídicas**

Están acordadas en los arts. 112 y 113.

## **6. RECAPITULACIÓN.**

- *Recuerde el concepto de pena.*
- *Distinga entre función y fines de la misma.*
- *Enumere los distintos tipos de penas privativas de libertad establecidos en el Código Penal.*
- *Ejemplos de penas privativas de derechos*
- *¿Es la pena de multa una pena privativa de libertad?*
- *Significado de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*
- *Duración máxima y mínima de la pena de prisión*

- *Recuerde el significado de la responsabilidad civil derivada del delito.*
- *¿Qué es la moderación?*

## TEMA XV. LA APLICACIÓN DE LA PENA

*SUMARIO: I. Reglas generales de aplicación de la pena: 1.1. Concreción legal de la pena. 1.2. La individualización judicial. 1.3. Cálculo de la pena superior e inferior en grado y de la mitad superior e inferior dentro de un mismo marco. 2. Reglas especiales de aplicación de la pena: concurso de delitos. 2.1. Introducción. La unidad de acción/hecho como criterio de delimitación del concurso de delitos. Supuestos excluidos. 2.2. La unidad de acción/hecho como criterio de distinción de los supuestos de concurso real e ideal. 2.3. Concurso real. 2.4. Concurso ideal. 2.5. Concurso medial.*

### 1. REGLAS GENERALES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.

En el ámbito de la aplicación de la pena pugnan dos exigencias contradictorias: de un lado, los requerimientos de concreción y certeza dimanantes del principio de legalidad y, de otro, la necesidad de adaptar la pena al hecho delictivo concreto y al delincuente particular, tanto por razones de utilidad y conveniencia como por imperativos de justicia.

En el PCP se instaura un sistema de *determinación legal de la pena*, mediante el establecimiento de márgenes dentro de los cuales el juzgador debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. El rigor legalista existente en la materia no impide, sin embargo, una *cierta flexibilización* de las exigencias derivadas del principio de legalidad, a través de la concesión de determinados márgenes de arbitrio limitado, que permitan la máxima adaptación de la pena a las circunstancias del hecho y del sujeto particular. Podemos hablar de un *legalismo flexible*, sin que ello signifique, necesariamente, detrimento de las garantías formales y materiales inherentes al mismo.

Es perfectamente compatible, el respeto y realización de la función garantista del principio de legalidad en la determinación y aplicación de la pena, y la concesión, al tiempo, de márgenes de arbitrio (siempre razonado) para conseguir una mejor individualización de la pena en el caso concreto.



Por ello el sistema del PCP se sostiene sobre marcos penales relativamente estrechos que impiden que el arbitrio judicial entre en contradicción con las exigencias materiales del principio de legalidad. De esta manera, se mantiene el sistema de penas relativamente determinadas a través de la fijación legal de un marco punitivo dentro de cuyos límites, superior e inferior, y sobre la base de reglas y criterios legislativos, el juez ha de determinar *motivadamente* la pena adecuada al caso particular (vid. los arts. 78.2 y 81.1).

El problema, por tanto, es de límites. Límites en el establecimiento de los marcos penales y límites en las facultades del juez para realizar la individualización de la pena. Limitación, coordinación (legislativa, judicial y científica) y posibilidad de revisión de la concreta decisión judicial, según las reglas, criterios y principios previamente establecidos por el legislador, constituyen, por tanto, los pilares esenciales sobre los que debe edificarse todo sistema de determinación de la pena. Exigencias que claramente se aprecian en el PCP y que contribuyen, sin duda, a un incremento notable de la eficacia material del principio de legalidad.

En definitiva, el sistema de determinación de la pena en el PCP se desarrolla en varias fases, a saber: concreción legal de la pena e individualización judicial.

Veamos cada una de ellas, recordando primero que nada la regla general repetida en los arts. 78.1 y 81.1, según la cual

*la determinación de las penas deberá hacerse entre el máximo y el mínimo que la ley señale al delito o falta.*

Regla que tiene varias excepciones, como veremos, puesto que a veces corresponde imponer una pena que supera el límite máximo o queda por debajo del mínimo inicialmente fijado para el delito o la falta de que se trata. Sin embargo, como también veremos, toda pena, finalmente, tiene un límite máximo y un límite mínimo, aunque no sea el originario (así la pena del delito de homicidio en grado de frustración tiene un límite máximo de diez años y uno mínimo de cinco).

### **1.1. Concreción legal de la pena.**

En esta fase se procede a *la fijación del marco legal abstracto o genérico* que corresponde a la figura del delito (más las variaciones posibles por el juego de los artículos 73, 74 y 75), modificado, si procede, por la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas (según las disposiciones contenidas en el artículo 78). El resultado de esta última operación será *la fijación de un marco penal concreto* sobre el que operará la individualización judicial, a realizar en una segunda fase. El mecanismo es el siguiente:

1.- Ha de empezarse por la pena fijada en la figura de la Parte Especial que corresponda, que señalará la pena aplicable al supuesto de hecho. Dicha pena puede ser única (como, por ejemplo la del homicidio del art. 138, prisión de diez a quince años) o conjunta (acumulativa, como la del art. 250, prisión de dos a tres años y multa de trescientos a quinientos días, o alternativa, como la del art. 372, prisión de uno a tres años o multa de cien a trescientos días).

2.- Sobre la pena prevista en el precepto correspondiente de la Parte Especial, aplicamos las reglas generales establecidas en los artículos 71 y ss, cuyo contenido podemos resumir de la forma que a continuación señalamos:

a) la pena abstracta fijada en el precepto de la Parte Especial es la que corresponde al autor del delito consumado; es decir, la pena del precepto se prevé para un delito que ha alcanzado su nivel máximo de ejecución y para un sujeto que ha participado en el mismo de forma plena, o sea, como autor (art. 72.1; aunque la misma pena está prevista para inductores y cooperadores necesarios en el art. 71.2): prisión de diez a quince años para el autor de un homicidio consumado, v.gr.;

b) a partir del marco fijado para el delito consumado, atendiendo al grado de ejecución del delito, los arts. 73 y 74 PCP prevén la imposición de penas atenuadas, que oscilarán entre el límite inferior de la pena del consumado y su mitad, en el caso del delito frustrado (si la pena del homicidio consumado oscila entre los diez y los quince años, la del frustrado oscilará entre los diez -como límite máximo- y los cinco años -como límite mínimo-), y entre la mitad del límite inferior del delito consumado y su mitad, en el caso

de la tentativa (si el límite mínimo de la pena del homicidio está fijado en diez años de prisión, la tentativa tendrá como límite máximo cinco años, la mitad de la cifra anterior, y como mínimo dos años y seis meses);

c) sobre el resultado de la operación anterior, nos centramos en el grado de participación del sujeto, aplicando la regla establecida en el artículo 75. En concreto, a tenor del citado precepto, al cómplice de un delito consumado, frustrado o intentado se le impondrá una pena atenuada, cuyo máximo será el límite inferior de la pena correspondiente al delito consumado y cuyo límite inferior será la mitad de éste (tratándose de complicidad en un homicidio, prisión de cinco a diez años);

d) posteriormente, sobre el marco resultante de la operación antedicha, aplicamos las reglas establecidas para los elementos accidentales del delito, si es que los hubiere.

El efecto general de estas circunstancias modificativas de la responsabilidad es, como su nombre indica, la modificación de la pena, en su mitad superior o inferior, dentro del marco abstracto previamente fijado. En este sentido, el artículo 78 establece los efectos de las atenuantes y agravantes genéricas. En el citado precepto se dispone que jueces y tribunales determinarán la pena dentro del máximo y el mínimo que la ley señala al delito o la falta, tomando en consideración las siguientes reglas:

a) Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

b) Si sólo hay agravantes se aplicará la pena media hasta su límite superior, salvo que lo desaconsejen las circunstancias personales del sujeto (de doce años y seis meses a quince años, en el caso de un homicidio consumado).

c) Si concurre sólo alguna atenuante, se impondrá la pena en su mitad inferior (entre diez y doce años y seis meses, en el caso del homicidio consumado).

d) Si concurren varias atenuantes genéricas o una sola muy cualificada (de eficacia e intensidad extraordinarias), se podrá imponer una pena atenuada, cuyo límite máximo

será el límite inferior de la pena prevista en la ley para el delito o la falta de que se trate y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de éste, en función de la naturaleza y número de atenuantes (esta misma posibilidad de rebasar a la baja el marco penal abstracto, se prevé en el artículo 80 PCP para las denominadas eximentes incompletas).

Finalizada esta operación procedemos al análisis de la segunda fase de determinación de la pena.

## **1.2. Individualización judicial**

Sobre la concreción legal resultante de la fase anterior, *el juez*, tomando en consideración una serie de circunstancias no previstas de manera explícita por la ley y susceptibles de generalización, que expresan la mayor o menor gravedad del hecho y las condiciones personales del sujeto, *individualiza*, desde consideraciones de prevención general y especial, la específica sanción aplicable al delincuente particular.

Así pues, reservamos la denominación de individualización para la última fase del proceso de determinación de la pena, en la que el juzgador, atendiendo al cúmulo de circunstancias personales y en el marco, más o menos flexible, de la gravedad del hecho, individualiza la sanción aplicable al delincuente particular.

Por tanto, son dos los criterios que deben guiar la tarea individualizadora del juzgador en el proceso de adaptación de la pena al caso y al individuo concretos: *la gravedad del hecho*, que se basa en la retribución proporcional al injusto culpable, orientada por criterios de prevención general, y *las circunstancias personales del sujeto*.

## **1.3. Pena superior e inferior a los límites máximo y mínimo dentro de un mismo marco**

Para finalizar este epígrafe, dedicado al análisis de las reglas generales de determinación de la pena, debemos reseñar que en el art. 81 PCP se autoriza a traspasar los límites máximo y mínimo fijados en los distintos delitos y faltas en los siguientes términos.

a) Puede imponerse una pena inferior al límite mínimo señalado por la ley cuando exista una regla que así lo establezca, con la particularidad, ya advertida, de que si en virtud de la referida regla, hubiera de imponerse una pena de prisión de menos de seis meses, deberá sustituirse ésta conforme a lo dispuesto en el art. 94.

b) Cuando, en aplicación de alguna regla legal, proceda imponer una pena superior que exceda de los límites máximos fijados a cada pena en el Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

- si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años;

- si fuera la de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinticinco años;

- tratándose de privación de otros derechos, las mismas penas, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años;

- si fuera de trabajo en beneficio de la comunidad, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de un año y medio;

- si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de mil quinientos días.

En algunos preceptos existen previsiones específicas para la imposición de la pena por encima del límite máximo originariamente fijado, como por ejemplo el art. 378.3, en el que se establece la elevación en un tercio de los límites mínimo y máximo de la pena del delito que corresponda.

## **2. REGLAS ESPECIALES DE APLICACIÓN DE LA PENA: EL CONCURSO DE DELITOS**

## 2.1. Introducción: la unidad de acción/hecho como criterio de delimitación del concurso de delitos; supuestos excluidos

En términos generales, puede decirse que hay concurso de delitos cuando un mismo sujeto ha violado varias veces la ley penal, debiendo responder, por ello, de varios delitos. El concurso de delitos se produce, por tanto, cuando un mismo sujeto ha vulnerado varios preceptos penales o varias veces el mismo precepto, lo que implica que debe responder por varios delitos. Algunos autores exigen, además, que no haya recaído sentencia sobre ninguno de ellos.

Dicho esto, podemos distinguir dos formas fundamentales de concurso, según que la infracción de las diversas normas penales sea realizada mediante una (concurso ideal) o varias acciones (concurso real) -algunos autores prefieren hablar de unidad o pluralidad de hechos-. De este modo, la unidad o pluralidad de acciones (o de hechos) constituye el elemento diferencial de uno y otro tipo de concurso, a los que corresponden reglas penológicas diversas.

*De cualquier forma, conviene tener presente la circunstancia de que el criterio de la unidad de acción no sólo se emplea en el sentido antedicho, sino también como regla para delimitar los supuestos de concurso real de delitos frente a otros que en puridad deben quedar excluidos del mismo por suponer en realidad un solo delito. Este segundo sentido de la expresión "unidad de acción" obedece a la identificación por parte de la doctrina de algunos casos que, a pesar de integrarse por diversas acciones, son valorados por el ordenamiento de forma unitaria como una sola acción (o como un solo hecho), de manera que quedan excluidos del concurso de delitos y son considerados como supuestos de unidad delictiva.*

En cualquier caso, con independencia de las expresiones utilizadas por las diversas corrientes doctrinales, lo que se pretende es considerar como unidad delictiva, excluida del ámbito del concurso de delitos, algunos supuestos como los siguientes:

1) Los casos de **realización repetida del tipo por actos inmediatamente sucesivos** (diversas expresiones injuriosas en un breve espacio de tiempo, ir tomando y trasladando en sucesivos viajes durante la misma noche las cosas situadas en un mismo lugar, etc.).

*También se excluirían los supuestos de **realización progresiva del tipo**, entendida esta como "casos en que el sujeto se aproxima a la consumación del tipo pasando por fases anteriores ya punibles (tentativa: p. ej. no se consigue matar hasta el tercer disparo).*

2) Un segundo grupo de supuestos, en los que se insiste en la necesidad de apreciar una unidad delictiva, está integrado por aquellos en que ésta es marcada directamente por la descripción típica, que convierte en unidad jurídica lo que con criterios exclusivamente naturalísticos pudiera parecer una pluralidad delictiva.

*Un ejemplo de estos casos de unidad típica en sentido estricto sería el de los delitos habituales, en los que la realización del hecho típico debe ser realizada mediante la ejecución de varias conductas idénticas. Este es, v.gr., el caso descrito en el artículo 155 PCP, en el que se sanciona a quien ejerza habitualmente cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación contra determinadas personas.*

3) Un tercer grupo en el que, al menos a efectos penológicos, se considera que existe una unidad delictiva es el llamado **delito continuado**, regulado en el artículo 83 PCP.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (que señala que al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas), el que, en ejecución de un plan preconcebido o que se aproveche de idéntica ocasión, o realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

2. Si se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena y se tomará en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, una pena agravada hasta el doble del límite máximo de la pena correspondiente, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Se exceptúa de lo establecido en los apartados anteriores a las infracciones contra bienes eminentemente personales.

## **2.2. La unidad de acción/hecho como criterio de distinción de los supuestos de concurso real e ideal**

Una vez delimitado negativamente el campo del concurso de delitos, resulta necesario diferenciar entre sí los dos supuestos esenciales de concurso, el real y el ideal. Al respecto, la clave de la distinción se encuentra en la unidad o pluralidad de hecho (en el art.

84 PCP se establece una excepción a lo dispuesto en el art. 82 -concurso real-, cuando “un solo *hecho* constituye dos o más infracciones”).

Mientras la doctrina mayoritaria identifica la referencia legal al "hecho" con la "acción", rechazando el criterio de la unidad o pluralidad de resultados, otro sector doctrinal entiende que el empleo por el legislador del término "hecho" obliga a realizar una interpretación distinta. Desde esta perspectiva, se considera necesario el entendimiento del término *hecho*, no en sentido puramente jurídico como "hecho típico", pues en tal caso no sería posible el concurso ideal de delitos como la pluralidad de delitos provenientes de un único hecho, sino en sentido naturalístico, como sustrato de la valoración típica.

De este modo, el término "hecho" abarca la totalidad del sustrato de la valoración típica, constituido por la acción más el resultado. En la medida en que "la unidad de hecho descrita por un tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado", la necesidad de incorporar ese resultado empírico al "hecho" implica que la producción dolosa de varios resultados de muerte, por ejemplo, suponga cada una de ellas un hecho distinto, lo que obligará a apreciar un concurso real tanto si se han causado mediante varios disparos como si proceden de la acción única de hacer explotar una bomba.

En cambio, sí es posible apreciar un concurso ideal cuando un mismo comportamiento produce la lesión ideal de varios bienes jurídicos, pero un solo resultado material. Tal es el caso del concurso entre homicidio y atentado (art. 443 PCP): "el matar a un agente de la autoridad no puede constituir más que un solo hecho porque en este supuesto tanto la conducta como el resultado empírico son únicos, aunque se produzca la lesión (ideal) de dos bienes jurídicos distintos (la vida y la función pública)"; el concurso ideal sólo abarcaría los casos en que "un solo comportamiento puede vulnerar *idealmente* varios bienes jurídicos sin que para ello deba producir otros tantos resultados materiales. Entonces sí podría decirse que, mientras en el mundo *empírico* tiene lugar un solo "hecho", en la esfera *ideal* de su valoración jurídico-penal constituye "dos o más delitos".

*El TS español ha mantenido una postura variable en torno a este tema. Parte de la unidad o pluralidad de acción como elemento diferencial entre el concurso ideal y el real; lo que ocurre es que al menos una corriente de sentencias introducen en este parámetro la cuestión de la voluntad: así, según esta corriente, si el sujeto ha perseguido dolosamente, con dolo directo, los distintos resultados causados con su acción - por ejemplo, ha puesto una bomba con el objetivo de matar a A y B, cosa que sucede -, entonces ha*



*de apreciarse concurso real; en cambio, dice alguna sentencia, si la voluntad del sujeto afecta directa y fundamentalmente a la acción, más no a los resultados (lo que se identifica con el dolo eventual), entonces sólo cabe apreciar un concurso ideal (SSTS 11-2-88 y 11-6-96). Por el contrario, en otras sentencias como la de la colza (STS de 23-4-92) se insiste en el criterio de la unidad de acción sin admitirse en ningún caso el concurso real si la acción es única, tampoco cuando existan varios resultados producidos dolosamente.*

Y dicho esto, podemos pasar al examen de los distintos supuestos concursales reconocidos en nuestro ordenamiento.

### **2.3. El concurso ideal**

Desde el entendimiento del hecho (criterio diferencial entre el concurso real e ideal de delitos) en sentido naturalístico, con significado prevalorativo (manifestación de voluntad, curso causal y resultado material), podemos señalar que ***el concurso ideal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones.***

La doctrina española, a partir de un precepto muy similar, habla de concurso ideal homogéneo cuando los delitos cometidos a través del mismo hecho son iguales, mientras que será heterogéneo cuando sean distintos. Cierta sector doctrinal entiende que el concurso ideal homogéneo no tendría cabida en nuestro sistema. Tal conclusión se desprendería del propio art. 84 PCP, el cual al establecer la pena del concurso ideal parte de la señalada para el delito más grave, lo que no es posible en el caso de que las infracciones sean las mismas. Según esta doctrina la redacción del precepto podría interpretarse como una señal de que el legislador no ha querido dar cabida a los concursos ideales homogéneos.

*El ejemplo típico de concurso ideal de delitos, como hemos dicho, es el representado por el sujeto que resiste gravemente a la autoridad, cuando se hallare en el ejercicio de sus funciones, causándole lesiones importantes. En tal caso, nos encontramos ante un solo hecho (un solo resultado material) constitutivo de dos infracciones (delito de lesiones y delito de atentado).*

El régimen penológico del concurso ideal se recoge en el artículo 85 PCP, a cuyo tenor, en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones “se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si las infracciones se penaran por separado”.

El mayor problema que plantea esta regla del art. 85 se refiere a la determinación de cuál es la infracción más grave. Fundamentalmente, cabe plantear si la comparación de las penas a tal efecto debe realizarse tomando los marcos abstractos fijados por el tipo correspondiente o, por el contrario, partiendo de las penas concretas correspondientes a cada infracción, una vez aplicadas las reglas generales de determinación; pudiendo apuntarse una solución intermedia, consistente en comparar las penas una vez realizadas las variaciones de grado que correspondan, pero sin concretarla en su mitad superior o inferior; y ello porque, al establecer el art. 85 que la pena de la infracción más grave se impondrá en su mitad superior, es verosímil entender que el legislador ha querido establecer la comparación antes de que se realice dicha división.

También cabe preguntarse a qué se refiere el precepto cuando habla de las penas que correspondería imponer penando las infracciones por separado, pues no queda claro si el cálculo debe realizarse en función de los máximos permitidos por los marcos penales o según las penas que habría impuesto efectivamente el Tribunal.

#### **2.4. El concurso real**

El concurso real se produce cuando una pluralidad de hechos da lugar a una pluralidad de delitos. La regulación legal de tales supuestos se establece en el art. 82, con arreglo al cual:

*1. A la persona responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos.*

*2. Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.*

*3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo de la pena más grave que se imponga, declarando extinguidas las que excedan de dicho máximo que, en ningún caso, podrá ser superior a treinta años de prisión, veinticinco años e inhabilitación absoluta o especial, un mil quinientos días de multa y un año y medio de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad.*

Por consiguiente, el criterio de partida para la determinación de la pena a imponer es el de **acumulación material de las penas** (es decir, la suma de las mismas), atemperado por dos excepciones en lo que se refiere al cumplimiento efectivo de las condenas (acumulación jurídica): por un lado, el tiempo de cumplimiento efectivo no podrá superar el triplo de la duración de la pena más grave de las que se le hayan impuesto; y, por otro, no podrá rebasarse el límite de los 30 años de prisión. En todos estos casos, el precepto establece que se declararán extinguidas las que excedan de dicho máximo.

Veamos un ejemplo: un sujeto es condenado por seis homicidios en concurso real a 10 años por cada uno; de donde resulta, sumadas todas las penas, la cifra de 60 años, que es lo que se le puede imponer en la sentencia. Pero, como está vedado un cumplimiento efectivo de la condena impuesta superior al triple de la pena más grave (en el ejemplo propuesto, ésta sería de diez años) operará automáticamente el límite de 30 años.

## **2.5. Especial referencia al concurso medial**

Existe concurso medial cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro. Su régimen jurídico coincide con el establecido para el concurso ideal (arts. 84 y 85) para los supuestos de concurso ideal.

El primer problema que plantea este supuesto es el atinente a si constituye propiamente un caso de concurso ideal o de concurso real. La doctrina mayoritaria se inclina por su entendimiento **como un supuesto de concurso real**, utilizando, entre otros, los siguientes argumentos: si se tratara de un supuesto de unidad de hecho su mención expresa sería totalmente superflua y por tanto contraria al principio de vigencia; por otra parte, se dice que no se trata de que una ulterior finalidad delictiva atenúe la pena de una infracción, sino de que la dirección final de la voluntad, en un sentido único (cuya realización comporta el empleo de los medios necesarios para llevarlo a cabo) da lugar a una consideración unitaria del actuar a efectos penológicos; y que, el TS español, siempre ha interpretado el concurso medial en el sentido de que la exigencia legal de que uno de los delitos sea medio necesario para la comisión del otro no se satisface con la mera existencia

de ese nexo de conexión medio-fin en la mente del autor, exigiéndose una conexión objetiva que bien puede deducirse de la exigencia de "necesidad" establecida por el PCP.

*Esta doctrina sirve de base al TS español para negar el concurso medial, por ejemplo, en casos de atraco utilizando un vehículo a motor sustraído o un arma de fuego sin licencia, pues por mucho que pudiera existir la relación de medio a fin en el propósito del agente, falta el nexo de necesidad exigido por el CP español y en el PCP.*

De lo dicho se desprende que el problema principal, que suscita la interpretación de la figura del concurso medial, es el relativo a la estimación de cuándo una infracción es "medio necesario" para cometer la otra. Y al respecto, la doctrina se inclina por la evaluación de la necesidad en el caso específico; de modo que habrá concurso medial cuando en el caso concreto enjuiciado el delito no hubiera podido cometerse sin el otro.

*Ejemplo claro de concurso medial sería el del sujeto que realiza una falsedad documental como medio necesario de un posterior delito de estafa.*

### 3.- RECAPITULACIÓN.

- *Recuerda las fases de determinación legal de la pena*
- *¿Cómo se calcula la pena superior e inferior en grado de una pena base de 5 a 10 años?*
- *¿Qué pena corresponde al autor de un delito de homicidio en grado de tentativa?*
- *¿Qué pena corresponde al cómplice de un delito de asesinato (artículo 139 C.P.)?*
- *¿Qué pena corresponde al autor de un delito de homicidio consumado concurriendo la circunstancia modificativa de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante?*
- *¿Cómo definiría el denominado concurso medial? ¿y el concurso real e ideal?. Cite ejemplos de cada uno de ellos.*

## **TEMA XVI. CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA PENA**

*SUMARIO: 1. Ejecución de la pena. 2. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. 3. Extinción de la pena: supuestos. 4. Cancelación de antecedentes delictivos. 5. Recapitulación.*

### **1. EJECUCIÓN DE LA PENA**

En este epígrafe no vamos a ocuparnos del análisis de las características que presenta el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad en el ordenamiento punitivo nicaragüense (materia más propia del Derecho Penitenciario y de la Criminología), sino más bien a señalar, a recordar, algunas ideas esenciales en materia de ejecución de las penas, de las privativas de libertad en particular.

De una parte, debe tenerse siempre presente que las penas tienen un carácter reeducativo (art. 46 PCP). De otra, interesa resaltar la existencia de cierta tensión entre el principio de legalidad y la tendencia autoreguladora de la Administración, por vía reglamentaria en orden a la regulación de la ejecución de las penas. En este sentido, debemos señalar que, aun siendo cierto que nos hallamos en un campo en el que necesariamente ha de reconocerse cierta potestad normativa a la Administración, no debe olvidarse que la restricción de los derechos fundamentales se encuentra reservada a ley. Por último, insistimos en las exigencias derivadas del principio de legalidad, que se recogen en preceptos como el art. 6.1 ("No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por los tribunales de justicia competentes, de acuerdo con las leyes procesales"); complementado por el 71 (según el cual "no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada"); y, en especial, en el 6.2:

***"Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento."***

Nunca se insistirá bastante en la necesidad de que las penas, las de prisión sobre todo, se ejecuten bajo control judicial, sea a cargo de los jueces que dictaron la resolución condenatoria, sea a cargo de jueces especiales.

### **2. FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

La expresión "formas sustitutivas" o "sustitutivos penales" debe entenderse, dentro del sistema de Derecho Penal, con referencia a determinadas opciones como alternativas a la ejecución de la pena privativa de libertad. En varias ocasiones hemos aludido a la crisis de esta clase de penas. En concreto, hemos destacado los perniciosos efectos de las penas

privativas de libertad de corta duración, y que sus efectos desocializadores e, incluso, criminógenos sobre el delincuente exigían el establecimiento de medidas alternativas a las penas cortas privativas de libertad.

Estas preocupaciones preventivo-especiales han llevado al establecimiento de instituciones específicas en numerosos ordenamientos jurídicos, como la de suspensión y la de sustitución de las penas privativas de libertad, claramente orientadas a evitar el ingreso en prisión de la persona condenada, si se cumplen las condiciones que aconsejan su aplicación.

En los arts. 87 y ss del PCP se regulan estas instituciones que pasamos a examinar a continuación.

## **2.1. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad**

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se contempla en los arts. 87 a 93 PCP, como alternativa eficaz para el logro de finalidades reeducativas (resocializadoras y de reinserción social del delincuente, también podría decirse). Y, como su propio nombre indica, estriba en

*la facultad de que disponen jueces y tribunales para, una vez han dictado una sentencia condenatoria (en la que han impuesto una pena privativa de libertad), acordar que su ejecución no se lleve a efecto durante un lapso de tiempo, siempre que concurren unos requisitos.*

Su aplicación depende, pues, de una serie de requisitos establecidos por la ley, cuyo cumplimiento permite suspender el ingreso en prisión de un sujeto ya condenado.

La duración de la suspensión se mantiene durante un lapso de tiempo de prueba de dos a cinco años (art. 87.1). Condición esencial para su mantenimiento es que el sujeto no vuelva a delinquir durante ese período. Pasado el tiempo de suspensión fijado por el juez, si el sujeto no ha cometido ningún delito, la condena de prisión inicial se considera definitivamente extinguida. Si, por el contrario, vuelve a delinquir la pena suspendida pasa a ser ejecutada.

Una de las características esenciales de esta institución es la gran discrecionalidad judicial que rodea su concesión. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque el juez tiene libertad en cuanto a la decisión suspensoria misma, pudiendo concederla o no aunque se cumplan los requisitos objetivos fijados en el PCP; y, en segundo lugar, porque ostenta un amplio margen de autonomía para determinar el tiempo de su duración. Bien entendido que en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o acusación del ofendido, los jueces y tribunales han de oír a éste o quien lo represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión (art. 93).

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones señaladas, esto es, la libertad que rodea la decisión suspensoria, debemos señalar que nos encontramos ante un supuesto de arbitrio limitado, ya que la decisión debe ajustarse, *fundamentalmente*, a un criterio de valoración establecido por el legislador para guiar al juez. Éste no es otro que el de la

peligrosidad criminal del sujeto, el de la probabilidad de que vuelva a cometer delitos en el futuro.

En cuanto al plazo de suspensión, es decir, el tiempo que la condena va a estar suspendida, el 88.1 establece que será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad de hasta cinco años, y de tres meses a dos años para las penas leves. Los criterios legales de orientación al juzgador en la toma de decisión son tres: las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

Realizada esta primera aproximación a la institución que analizamos, vamos a ver tres cuestiones específicas sobre su régimen jurídico, a saber: A) requisitos necesarios para que el juez o tribunal pueda acordar la suspensión; B) plazo y condiciones de la misma; y C) consecuencias del incumplimiento de sus condiciones legales.

A) Los requisitos de la suspensión se encuentran recogidos en el art. 88 y son los siguientes:

a) El condenado ha de haber delinuido por primera vez, es decir, no puede ser reincidente. De todos modos, el PCP precisa que a estos efectos no se tienen en cuenta las condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o que debieran serlo con arreglo a las normas de cancelación contenidas en el propio texto penal. Y, cabe añadir, tampoco debiera computarse a efectos de reincidencia la previa comisión de faltas (interpretación gramatical, en la medida en que se interpreta el término delinquir en el sentido estricto de cometer delitos y no faltas).

*Y, además, que sólo ha delinuido, en el sentido del precepto, quien ya ha sido condenado por sentencia firme. Es decir, que si un sujeto es juzgado por un delito, teniendo pendiente una causa sobre la que no ha recaído sentencia firme, podría suspenderse la condena impuesta, pero la suspensión terminaría (y tendría que ingresar en prisión) si se publicase la sentencia firme del otro delito.*

b) Que la condena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a cinco años de privación de libertad.

c) Que se hayan satisfecho o garantizado las responsabilidades civiles derivadas del delito, a menos que el juez o tribunal declare la imposibilidad total o parcial de que el sujeto les haga frente.

El Código prevé un supuesto excepcional en el que la suspensión podrá concederse a pesar del incumplimiento de los requisitos generales establecidos para su concesión. Este caso se regula en el artículo 87.3: los jueces y tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

*Respecto a esta excepción, queremos apuntar una breve reflexión a propósito del inciso final del artículo 87.3, ya que presenta cierta rigidez, que puede pecar de inhumana en la medida en que implica que el sujeto pase los últimos días de su vida en prisión, aun cuando los delitos cometidos no sean de los de mayor gravedad.*

## B) Plazo y condiciones de la suspensión.

Los plazos pueden oscilar: en caso de suspensión de penas leves la suspensión puede durar de tres meses a un año; tratándose de penas privativas de libertad inferiores a cinco años la duración de la misma puede ir de 2 a 5 años (art. 87.1).

Las condiciones exigidas para el mantenimiento de la suspensión, se prevén en el artículo 90 PCP, a tenor del cual:

*“La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal (dentro de los límites indicados en el art. 87.1). En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:*

*“a) Prohibición de acudir a determinados lugares.*

*“b) Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*

*“c) Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

*“d) Sujeción a la vigilancia de la autoridad, que obligará al penado a presentarse personalmente de manera periódica para informar de sus actividades y justificarlas”.*

Sobre el contenido del precepto transcrito, únicamente queremos matizar la condición relativa a que el sujeto no vuelva a delinquir durante el plazo fijado por el juez o tribunal, en el sentido de entender el término *delinquir* de la forma apuntada a propósito del artículo 88.1; esto es, excluyendo del mismo los delitos imprudentes y las faltas.

Además debemos precisar que la posibilidad de que el juez o tribunal impongan al condenado, si lo consideran conveniente, el cumplimiento de una o varias de las obligaciones y deberes enumerados en el art. 90, no significa que unas y otros tengan carácter punitivo, sino que han de ser entendidas como medidas orientadas a asegurar la reeducación del delincuente.

## C) Consecuencias del quebrantamiento de las condiciones de la suspensión

Las consecuencias del incumplimiento varían dependiendo del deber que haya sido quebrantado:

a) Si el sujeto vuelve a delinquir, la inmediata consecuencia, es que se revoca la suspensión de la condena y ha de ingresar en prisión. Se trata de una consecuencia obligada, que no admite excepción (art. 91.1).



b) Si el sujeto incumple las obligaciones o deberes de conducta impuestos por el juzgador (del art. 90), la consecuencia no es la revocación inmediata de la suspensión. En estos casos, el juez puede, previa audiencia de las partes, según los casos (art. 91.2):

- prorrogar el plazo de suspensión, que en ningún caso podrá exceder de cinco años,
- revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena (art. 92).

## **2.2. La sustitución de la pena de prisión**

Esta institución está regulada en el art. 94, del siguiente modo:

*“Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa, aunque la ley no prevea esta pena para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada día de prisión será sustituido por dos días multa. Cada día multa se deberá imponer con base en el art. 64. También se podrán sustituir dichas penas de prisión inferiores a un año, en atención a las circunstancias del reo y del hecho, por trabajos en beneficio de la comunidad, sustituyendo cada día de prisión por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 90.*

*“Excepcionalmente podrán los jueces o tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos de conversión establecidos en el párrafo anterior.*

*“1. En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión impuesta se ejecutará con descuento, en su caso, de la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes.*

*“2. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.”*

En relación con el precepto transcrito, debemos realizar algunas puntualizaciones.

En primer lugar ha de diferenciarse claramente entre penas sustituidas y penas sustitutivas (que son las que se imponen en el lugar de las primeras). En el PCP el esquema sería el que exponemos a continuación.

1) La pena de prisión *puede* ser sustituida por la de multa; sustitución que sólo puede operar cuando se trate de penas inferiores a un año de privación de libertad. El criterio orientador de la sustitución es que lo aconsejen las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y en particular su esfuerzo para reparar el daño causado.

2) Excepcionalmente, se permite que se puedan sustituir penas de prisión de hasta dos años, "cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de [las penas] habría de frustrar los fines de prevención y reinserción social". En cualquier caso, en estos dos supuestos se exige para que opere la sustitución que el reo no sea habitual.

3) Los módulos de sustitución están previstos en el artículo 94.

4) Parece que la sustitución siempre tiene que hacerse antes de que se ejecute la pena, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, pero que una vez ha comenzado a cumplirse no puede interrumpirse, sustituyéndola por multa.

5) El incumplimiento de la pena sustitutiva da lugar a que se vuelva a imponer la pena sustituida. La conversión se realizará con los mismos módulos de la sustitución pero a la inversa. Lógicamente, cuando se vuelva a imponer la pena inicial se tendrá que descontar lo que ya se ha cumplido a través de la pena sustitutiva

6) Se prohíbe expresamente que las penas sustitutivas puedan ser a su vez sustituidas. Así, si una pena de prisión ha sido sustituida por multa, ésta ha de cumplirse y no puede ser a su vez sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad.

7) Es problemático concretar qué ha de entenderse por reo no habitual. En todo caso, parece que no debe bastar una condena en la que se haya apreciado la agravante de reincidencia para considerar habitual al reo, y que al menos debiera ser necesaria una tercera condena, en sintonía con la noción de habitualidad contenida en el art. 109.3 ("delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos").

### **2.3. Expulsión**

También está prevista como forma sustitutiva la expulsión de extranjeros en el art. 95:

*"1. Las penas privativas de libertad inferiores a cinco años, impuestas a un extranjero con entrada o permanencia ilegal en Nicaragua, podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional a instancia del Ministerio Público.*

*"2. El extranjero expulsado no podrá regresar a Nicaragua por un periodo no menor al doble de la pena impuesta por el delito cometido, contado a partir de la fecha de su expulsión. Si regresa cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas".*

### **2.4. Libertad condicional**

Esta importante figura permite a los penados acortar la duración de sus condenas de prisión, a la vez que les estimula a observar un buen comportamiento, en beneficio del buen orden de los establecimientos penitenciarios y de la propia reeducación de aquéllos. Viene regulada en el art. 96 y la analizaremos centrandó la atención en requisitos para su concesión, el procedimiento para su otorgamiento, las condiciones que comporta y las consecuencias de su incumplimiento, y los supuestos excepcionales previstos en el PCP. Empezaremos por reproducir el referido art. 96:

*“1. Se establece la libertad condicional en las penas de prisión que excedan los cinco años, para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:*

*a) Que hayan cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta;*

*b) Que hayan observado buena conducta, y exista, respecto de los mismos, un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por las autoridades penitenciarias”.*

Analicemos algunas afirmaciones del precepto transcrito.

a) En primer lugar, se señala, más como una nota que como un requisito de la institución, que la libertad condicional opera en el caso de que el sujeto estuviera condenado a una pena de prisión que exceda de los cinco años. Por tanto, no puede afectar a la responsabilidad personal subsidiaria. Posiblemente, la limitación de este beneficio a las penas superiores a cinco años, esté relacionada la posibilidad de suspender la ejecución de las condenas a penas de hasta cinco años de privación de libertad.

b) La concesión de la libertad condicional se supedita al previo cumplimiento de las dos terceras partes de la condena.

A este respecto hemos de realizar algunas observaciones: 1) se entiende cumplida no sólo aquella parte de cumplimiento efectivo, sino también la porción que haya sido extinguida, por ejemplo, como consecuencia de la concesión un indulto parcial. Y si el penado se encuentra cumpliendo dos o más condenas (por ejemplo, una de diez años y otra de seis por otro delito), parece conveniente aplicar el principio de unidad de ejecución; es decir, a efectos del cumplimiento de las dos terceras partes de la condena debiera computarse la suma de las condenas impuestas como si fuera una sola.

c) El último tercio de condena, que al sujeto le queda por cumplir, es el que se cumple en régimen de libertad condicional. Una vez transcurrido el tiempo correspondiente (sin que el sujeto delinca), la condena se extingue definitivamente.

d) El último requisito de la libertad condicional es que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del sujeto. En la elaboración de estos informes es esencial la intervención de criminólogos especializados.

Por otra parte, el disfrute del beneficio de la libertad condicional, como su propio nombre indica, está condicionado a que no se delinca en el tiempo que falte para cumplir la condena, durante el cual el condenado estará sujeto a la vigilancia de la autoridad, que obligará al penado a presentarse personalmente de manera periódica. De esta manera, si el condenado delinquiera o incumpliera los deberes que se le hayan impuesto, se le revocará la libertad condicional y se le hará efectivo el resto de la pena que haya dejado de cumplir. Lo que comporta el reingreso en prisión.

Por último, nos queda mencionar los **supuestos de libertad condicional extraordinaria**, previstos en el art. 97. El contenido de este precepto es el siguiente.

*“1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los condenados que hayan cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la ejecución de la condena, y reúnan los requisitos establecidos en el artículo anterior, excepto el cumplimiento de las dos terceras partes de condena, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.*

*“2. Igualmente procederá la libertad condicional cuando, según informe médico forense, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables y terminales.”*

Estos casos excepcionales se justifican, además de por razones humanitarias, por consideraciones preventivo especiales, ya que tanto en el supuesto de los ancianos como en el de los enfermos incurables el nivel de peligrosidad es ciertamente escaso.

### **3. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL**

Los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal se prevén en el artículo 130, cuyo contenido es el siguiente:

*“1. La responsabilidad penal se extingue por:*

- a) La muerte del reo;*
- b) El cumplimiento de la condena;*
- c) El indulto, cuyo efecto se limita a la extinción total o parcial de la pena, será determinado en cada caso por la Asamblea Nacional;*
- d) La amnistía, la cual extingue por completo las penas principales y accesorias y todos sus efectos;*
- e) El perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea;*
- f) La prescripción del delito;*
- g) La prescripción de la pena;*
- h) El acuerdo de las partes en los casos previstos por la ley, y;*
- i) Los demás casos expresamente señalados por la ley.*

*“2. En los casos en que la ley lo permita, el perdón del ofendido podrá ser otorgado en cualquier momento del proceso y de la ejecución de la pena.*

*“3. En los delitos o faltas contra niñas, niños, adolescentes menores de dieciocho años o personas con problemas de discapacidad, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Público, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, y ordenar el cumplimiento de la condena o la continuación del procedimiento.*

*“4. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante de los niños, adolescentes o discapacitados”.*

A diferencia de las causas de exención de la responsabilidad criminal, en las que no existe responsabilidad penal, por faltar un elemento esencial del concepto de delito, las causas de extinción de la responsabilidad parten de la existencia de todos los elementos propios del delito. Pero, a pesar de ello, el Estado renuncia por alguna razón al ejercicio el

*ius puniendi*. En cualquier caso, debe quedar claro que la extinción de la responsabilidad penal no supone automáticamente la paralela extinción de la responsabilidad civil.

En relación a las causas de extinción del artículo 130, algunas resultan tan obvias que cualquier comentario resulta ocioso (la muerte, el cumplimiento de la condena), por ello únicamente haremos una breve referencia al indulto y a la prescripción.

Históricamente el indulto aparece junto con la amnistía como una manifestación del "derecho de gracia" que, como reminiscencia de tiempos pretéritos, subsiste hasta nuestros días.

Desde el punto de vista político-criminal el derecho de gracia puede ser utilizado como medio para conseguir la rehabilitación del condenado, corregir errores judiciales o templar el excesivo rigor de las penas legalmente impuestas. Sin embargo, en la práctica se ha utilizado en muchas ocasiones por simples razones coyunturales de política general o amiguismo.

La concesión de un indulto o de una amnistía presupone que el sujeto ha sido previamente condenado en sentencia firme por la comisión de un delito; y es posible otorgarlos ya antes del comienzo de la ejecución de la pena (en cuyo caso el indulto es total) o cuando ya se está cumpliendo, afectando solamente al resto de la misma habiéndose cumplido ya una parte (indulto parcial).

Por otro lado, al igual que en el Derecho civil, de donde procede, la prescripción supone que el transcurso de un tiempo determinado impide al Estado poder valorar penalmente unos determinados hechos y atribuir responsabilidad penal por los mismos.

La prescripción se encuentra regulada en los arts. 131 a 135 PCP, donde se establecen unos plazos (más prolongados cuanto más grave ha sido el delito cometido) tanto para la prescripción de la acción penal, de la pena y de las medidas de seguridad, que han de contarse a partir del día de la comisión de la infracción punible (art. 132, en el caso de la prescripción de delitos y faltas, con alguna matización respecto al delito continuado), o de la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta se comenzó a cumplir (art. 134)..

El contenido de los citados preceptos es el siguiente:

*“1. La acción penal prescribe*

*a) A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.*

*b) A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión de entre más de diez y menos de quince años; a los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea de prisión de entre más de cinco y menos de diez.*

*c) A los cinco, los restantes delitos graves.*

*d) A los tres, los delitos menos graves.*

*Los delitos de calumnia e injuria prescriben a los treinta días.*

2. *Las faltas prescriben a los tres meses.*

3. *Cuando la pena señalada por la Ley es compuesta, se usará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

4. *La acción penal en los delitos contra el orden internacional y el terrorismo no prescribirán en ningún caso.”*

**Artículo 132.** *1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.*

La prescripción de la acción penal, de acuerdo con el art. 132:

*“se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, y comenzará a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”.*

#### **4. CANCELACION DE ANTECEDENTES DELICTIVOS**

Un complemento necesario de las causas de extinción de la pena es la cancelación de los antecedentes delictivos, que extingue efectos que aquéllas no suprimen, pues una vez cumplida la condena impuesta, por ejemplo, persisten consecuencias negativas para el penado. Para su eliminación está concebida la cancelación de antecedentes. Por lo que podemos definirla como

***la institución que tiene por objeto la eliminación de las secuelas que quedan tras la extinción de la responsabilidad penal, mediante***

Tales secuelas estriban en que los antecedentes propician la apreciación de la agravante de reincidencia (art. 36.9 PCP) o que el sujeto sea tildado de habitual, imposibilitan la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (art. 88.a) PCP), y pueden obstaculizar el ejercicio de determinadas funciones públicas, la

participación en ciertas actividades o la consecución de algunas licencias. Para hacerlas desaparecer se crea la cancelación de antecedentes que es a la par un derecho de los condenados (como se reconoce en el art. 136.1) y una institución que contribuye a que el carácter reeducativo de la pena (art. 46 PCP) tenga visos de realidad, toda vez que la supervivencia de los antecedentes dificulta la completa reinserción social de quien ha sido condenado y satisfecho su deuda. Es, por lo demás, una institución inequívocamente penal, no ya porque se regule en el PCP, sino porque opera sobre los efectos de los delitos y las penas, aun cuando su accionamiento se efectúe, como es normal y ocurre siempre, a través de normas procesales.

El art. 136.1 dice que

*“Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener de la autoridad respectiva, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador”.*

Habiéndose fijado los siguientes requisitos indispensables para ello:

*“a) Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que el condenado hubiera venido a mejor fortuna.*

*“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el art. 129 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el juez o tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada.*

*“b) Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves”.*

Los citados plazos se cuentan a partir del día siguiente a aquel en que quede extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional (la suspensión de la pena de prisión).

Por otra parte, se advierte en el art. 136.4 que las inscripciones de antecedentes penales no serán públicas. Y por último, se dice que en los casos en que a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias de oficio o a solicitud del interesado, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

## 5. RECAPITULACION

- Enumere las características que presenta el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro ordenamiento jurídico.
- ¿Qué es la libertad condicional?
- Requisitos generales de tal institución
- Supuestos especiales de libertad condicional
- ¿Qué son los sustitutivos penales?
- ¿Cuándo pueden suspenderse las penas privativas de libertad?
- Plazo y condiciones de la suspensión.
- ¿Qué ocurre si el sujeto al que se le ha suspendido una pena privativa de libertad delinque en el periodo de suspensión?
- ¿Cuándo puede sustituirse una pena privativa de libertad?
- Requisitos de la sustitución de las penas
- Diferencia entre penas sustitutivas y sustituidas
- ¿Qué ocurre en caso de incumplimiento de la pena sustitutiva?.
- ¿Cabe la sustitución de la pena de multa? ¿y de una pena de prisión de 4 años?
- ¿Cabe la sustitución de una pena privativa de libertad de arresto de fin de semana?  
¿Cuál es el módulo legalmente establecido para la sustitución?



## **TEMA XVII. MODIFICACION DE LA PENA**

*Sumario: 1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. 2. Las circunstancias atenuantes. 3. Las circunstancias agravantes. 4. La circunstancia mixta. 5. Recapitulación.*

### **1. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**

#### A) Noción

Cuando hablamos de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal estamos refiriéndonos a las detalladas en los arts. 35, 36 y 37 PCP. En éste la voz “circunstancia” es utilizada en distintos preceptos con significados también distintos. Por ejemplo, se utiliza en el art. 140 al describir el asesinato, en el 222 al describir el robo con fuerza en las cosas, en el 359 para delimitar unas agravantes propias de los delitos relacionados con estupefacientes, o en los arts. 35, 36 y 37 como denominador común de los elementos de que vamos a ocuparnos a continuación. De esa diferente utilización podemos deducir que, unas veces, con el término circunstancia se hace referencia a un elemento típico integrante de la infracción y, por ende, esencial para su existencia (la alevosía, el ensañamiento, etc., indispensables para que pueda hablarse de asesinato); otras, para designar elementos accidentales de una infracción específica; y otras, para caracterizar los elementos accidentales genéricos que, en principio, pueden operar a partir de cualquiera de los delitos tipificados en el libro II del PCP, y de los que, como hemos dicho, pasamos a ocuparnos a continuación.

En los arts. 35, 36 y 37 se contiene una relación de circunstancias que podemos denominar modificativas de la responsabilidad penal a la par que genéricas, en tanto están concebidas para atenuar o agravar la responsabilidad, y, como hemos adelantado, pueden apreciarse en conexión con el conjunto de infracciones previstas en el PCP, si bien, como veremos, se producen incompatibilidades entre determinadas circunstancias y concretos delitos por diferentes razones e incluso entre aquellas entre sí.

Una primera aproximación al examen de las citadas circunstancias nos muestra una característica común a todas ellas: las circunstancias modificativas no son esenciales para la existencia de un delito, con la particularidad de que sin éste carecen de sentido. Esto es: las circunstancias no contribuyen al nacimiento del delito, pero sólo cobran vida a su abrigo. El delito aparece tan pronto confluyen sus componentes esenciales, tan pronto hay un hecho típicamente antijurídico, culpable y punible, con o sin la concurrencia de circunstancias modificativas, que si aparecen inciden únicamente en la pena. Por consiguiente, las circunstancias son elementos accidentales, que pueden concurrir o no, sin que su concurso o ausencia sean determinantes para el surgimiento de una infracción.

Dicho esto, podemos avanzar una definición provisional de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal diciendo que

*son aquellos elementos accidentales, innecesarios para la existencia de una infracción, que pueden acompañar a ésta o no, y que inciden en la concreción de la pena a imponer.*

De circunstancias modificativas de la responsabilidad penal puede hablarse, aproximadamente, desde la Revolución francesa, y el subsiguiente proceso codificador (con anterioridad hubo lo que podríamos llamar antecedentes remotos de las mismas, en el Digesto o en las Partidas, por ejemplo). Durante el Antiguo Régimen, en el cual, más que el arbitrio judicial, la arbitrariedad era norma -toda vez que los jueces podían fijar y cambiar las penas a su antojo-, las circunstancias carecían de sentido, o mejor no se les otorgaba ninguno, aun cuando en la legislación histórica hubiera algún precedente de las mismas, como acabamos de decir (particularmente en la canónica). Ahora bien, no en todos los ordenamientos punitivos se conocen las circunstancias modificativas de la manera en que se recogen en los arts. 35 a 37 PCP (o en otros Códigos, como el italiano o el español). De hecho, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal aparecen en los sistemas penales en los que se ha optado por ahorrar y facilitar al máximo la tarea judicial, a la hora de especificar la pena que ha de imponerse al autor de un delito.

En efecto, de las diferentes maneras en que en los Códigos penales se ha organizado la aplicación de las penas, uno y no de los peores es el consistente en establecer un catálogo de circunstancias, con sus correspondientes efectos, para orientar al juez llegada la hora de decidir la “cantidad” de pena que impone al concreto infractor por el hecho punible que ha cometido. Es decir, en los ordenamientos penales, ya lo hemos visto, se castigan unos hechos y para ellos se establecen unas penas (de prisión, privativas o restrictivas de otros derechos, de multa, etc.), que tienen una duración o una extensión enmarcadas entre un límite máximo y un límite mínimo, sin salirse de los cuales han de precisar los jueces aquéllas. Y para la materialización de este proceso de aquilatamiento pueden dejarse a los tribunales las manos libres, con alguna recomendación más o menos abstracta, o señalárseles un listado de circunstancias extraídas unas de la experiencia o de las ideas político-criminales de que esté imbuido el texto de que se trate.

Cualquiera de los dos sistemas obedece –y esta es una inferencia por completo razonable-, a una constatación empírica irrefutable: entre hechos subsumibles en un mismo tipo penal median diferencias si no sustanciales sí de matices en absoluto desdeñables (entre dos homicidios, ejecutado uno con gran frialdad, y otro en un arrebato de celos, hay rasgos diferenciales, secundarios desde luego, pero dignos de ser tenidos en cuenta de alguna forma). Pues bien, si no hay dos hechos tan iguales que lo sean en todo, es lógico que el legislador prevenga fórmulas para que los jueces puedan valorar esos aspectos distintivos. Y una vez se ha optado por el sistema instaurado en los arts. 35 a 37, parece asimismo razonable deducir que la selección de motivos hecha en éstos es también fruto de la experiencia, de la comprobación de que hay acontecimientos, motivaciones, estímulos, estados de ánimo, etc. que están en el fondo de muchos hechos o al menos los acompañan y condicionan en mayor o menor medida, como hay comportamientos que reducen el daño causado, etc. En otras palabras, el pre-legislador nicaragüense, basándose en la experiencia, ha elaborado unos preceptos en los que han quedado reflejadas aquellas circunstancias que con más frecuencia aparecen ligadas a los delitos, y armonizan con la orientación político-criminal del PCP.

Ha habido diversos intentos de clasificar las circunstancias modificativas, bien atendiendo a su naturaleza pretendidamente objetiva o subjetiva, bien atendiendo a su vinculación con uno u otro elemento de la infracción. Nosotros nos quedamos con la legal, la que distingue entre atenuantes y agravantes, porque no nos parece que se pueda llegar mucho más allá. En las consideraciones que siguen se pondrá de relieve la dificultad de asociar a muchas circunstancias con un elemento del delito y cómo es frecuente encontrar en una misma circunstancia aspectos objetivos junto a otros inequívocamente subjetivos. Razones que nos han llevado a prescindir de toda clasificación, en el convencimiento de su innecesidad y de los defectos que cualquiera que propusiéramos ofrecería.

## B) Naturaleza

Sobre el fundamento y la naturaleza de las circunstancias modificativas hay discrepancias considerables en la doctrina, pues mientras algunos autores las vinculan a los elementos esenciales del delito, al considerar que entrañan una mayor o menor antijuridicidad o una mayor o menor culpabilidad, según se trate de agravantes o de atenuantes (y en los incrementos o reducciones de dichos inferidos a dichos elementos radicaría su fundamentación); otros, las reconducen al ámbito de la pena, por cuanto solamente repercuten en la mayor o menor gravedad de ésta; y tampoco faltan quienes estiman que varias circunstancias sólo pueden explicarse por razones político-criminales, pues hacen acto de presencia cuando el delito está consumado o no guardan relación con antijuridicidad y culpabilidad (la declaración espontánea, la disminución del daño, la reincidencia), en tanto otras guardan un evidente parentesco con las causas que eximen de responsabilidad (las eximentes incompletas) y, por ende, algo han de tener que ver con antijuridicidad y culpabilidad, especialmente con la imputabilidad (estado de arrebato, minoría de edad).

## C) Función

Sea como fuere, en lo que sí hay una inevitable concordancia es en punto a la función que las circunstancias desempeñan; la individualización de la pena. Las circunstancias modificativas, ya lo hemos dicho, tienen por función facilitar el proceso de concreción de la pena abstracta prevista en cada delito a los casos concretos juzgados por jueces y tribunales. Los arts. 35, 36 y 37 presentan una lista de circunstancias que proporcionan a los juzgadores la posibilidad a modular mejor la pena, al poder apreciar todo el abanico de datos que en aquellos se contienen. Extremo que se acentúa en el caso de las atenuantes, pues, preocupado el pre-legislador por la eventualidad de haber dejado fuera de la esfera de la atenuación algún motivo, por no haberlo previsto expresamente, ha cerrado el art. 35 con una cláusula que faculta a los juzgadores a considerar atenuantes a cualesquiera otras circunstancias de igual naturaleza que las que le preceden en el mencionado artículo.

## D) Requisitos

Por último anotamos, por su utilidad y acierto (máxime por la similitud que ofrecen las regulaciones de las circunstancias modificativas del PCP y el CPE), los requisitos que el TS español ha estimado necesarios para la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad: 1) las circunstancias no pueden presumirse, sino que han de deducirse lógicamente de los hechos declarados probados por el tribunal sentenciador y estar tan acreditadas como el hecho principal; 2) su prueba corresponde a la parte que la alega; 3) de un mismo hecho no puede derivarse más de una circunstancia

atenuante o agravante, ni deben apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí de tal manera que la existencia de una comporte necesariamente la de la otra. Requisitos que se nos antojan asumibles, siempre que la tercera se matice convenientemente, pues en ella el término hecho no parece bien traído, dado que hay circunstancias de pro genie subjetiva, que se asientan sobre motivaciones, reacciones, pulsiones, móviles, y, en consecuencia, mal pueden ser conceptuadas como hechos. Mejor parece hablar de aspectos u “objetos de valoración”, y concluir que un solo objeto de valoración no puede servir de base a más de una circunstancia modificativa.

#### E) Compatibilidad

No todas las circunstancias modificativas, pese al modo en que están presentadas, son compatibles entre sí o con todos los delitos. Para empezar y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 79, no pueden ser tomadas en consideración como modificativas, ni hacerlas surtir sus efectos propios, las circunstancias específicas que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (art. 79 PCP). Esto significa que si, por ejemplo, una persona mata a otra, y lo hace cuando la víctima está desprevenida, su acción debe ser castigada como constitutiva de asesinato porque ha matado con alevosía, pero ésta forma de ataque no puede ser valorada dos veces, una para apreciar la existencia de un elemento esencial del asesinato y otra para apreciarla como circunstancia genérica (no puede haber, pues, un asesinato alevoso en el que, además, se estime la agravante 1 del art. 36). De valorarse dos veces, ni que decir tiene, habría una vulneración del principio “non bis in idem”. E igualmente supone que una circunstancia consustancial a un delito no puede ser valorada aparte: por ejemplo, en el delito de incendios del art. 321 no procede tomar en consideración la agravante 4; ni en el de prevaricato, la 8; etc.

Y sin salirnos de los arts. dedicados a las circunstancias modificativas, encontramos otra declaración de incompatibilidad de una circunstancias con la mayoría de los delitos. Nos referimos al número 1 del art. 36, en el que se contiene la noción de alevosía, y se indica de manera expresa que sólo es aplicable en relación con delitos contra la vida, la integridad física y la seguridad personal.

Por otra parte, las circunstancias modificativas son incompatibles entre sí cuando se pretende fundarlas en un mismo objeto de valoración, como v.gr. sucedería si se apreciara una eximente incompleta y la atenuante 4 en atención sólo a que el sujeto al delinquir se encontraba bajo los efectos de una ingesta de bebidas alcohólicas (otra cosa habría de decirse si el sujeto, además de perturbado por el alcohol, hubiera sufrido un fuerte *shock*; y en ocasiones pueden serlo, no tanto por una incompatibilidad intrínseca entre dos circunstancias, sino por las propias características del hecho enjuiciado.

Sirva como indicativo la doctrina sentada por el TS español sobre la compatibilidad de la atenuante de arrebato u obcecación con la alevosía, puesta en cuestión en tiempos, al estimar que el infractor, dentro de la limitación del intelecto o de su volición, conserva el suficiente raciocinio para apercibirse de que su modo de actuar suprime toda posibilidad defensiva del ofendido. O las resoluciones en que ha tenido por inaplicable, en general, la referida circunstancia 4 del art. 35 en delitos como los de falsedades o contra el patrimonio, destacando que las modalidades comisivas de estas infracciones requieren una serenidad y reflexión ausentes en quien obra por estímulos tan poderosos etc.

## F) Efectos

Decir que se va a hablar de los efectos de las circunstancias modificativas puede significar varias cosas.

En primer lugar, hablar de efectos de las circunstancias tiene que ver con los que, en orden a la determinación de la pena, generan unas y otras. En este sentido, ha de distinguirse entre circunstancias de efectos ordinarios y circunstancias de efectos privilegiados o extraordinarios. En general, las circunstancias modificativas tienen efectos ordinarios; es decir, determinan que la pena prevista para el delito de que se trate se imponga en su mitad inferior -caso de las atenuantes (art. 78.1.c)- o que se imponga la pena media hasta su límite superior -caso de las agravantes (art. 78.1.b)-; por tanto sin sobrepasar el marco legal dispuesto para la infracción. Mientras que las eximentes incompletas y las de efectos ordinarios, o sea todas las demás, cuando concurren con otras o son apreciadas como muy cualificadas (porque se estima que han aflorado con especial intensidad), comportan la imposición de una pena atenuada, cuyo límite máximo será el inferior de la pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de éste (arts. 80 y 78.1.d). Por el contrario, por el juego de las circunstancias agravantes, el aumento de la pena no podrá superar, por ningún motivo, el máximo establecido para el delito cometido (art. 36.10), no estando prevista la apreciación de una agravante como muy cualificada.

En segundo, también en relación con los efectos, ha de traerse a colación el art. 77, a propósito de sobre quien dejan sentir sus efectos y su comunicabilidad:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

Finalmente, ha de tratarse la concreta eficacia de las circunstancias en orden a la determinación e individualización de la pena. Y aquí, aunque suene a reiteración, habrían de repetirse las reglas del art. 78.

## 2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Las circunstancias atenuantes genéricas están recogidas en el art. 35 en régimen de “numerus apertus”, toda vez que en el párrafo final del citado art. se deja la puerta abierta a la admisión de otras circunstancias. A cada una de las atenuantes vamos a dedicar un breve comentario a continuación.

a) *“Eximentes incompletas. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal en sus respectivos casos”.*

Esta atenuante responde a la idea de conservar alguna eficacia en beneficio del reo para las eximentes cuando surgen faltas de algún requisito. De forma que cuando no pueden eximir de responsabilidad pueden al menos atenuar, y, además, con efectos privilegiados, puesto que permiten al juez salirse del marco penal previsto para el delito en cuestión (art. 80).

No obstante, se impone una primera precisión por cuanto no todas las causas del capítulo anterior pueden devenir eximentes incompletas. En concreto, ni la minoría de edad ni la causa 9 del art. 34 pueden transformarse en atenuantes a falta de algún requisito, por la elemental razón de que no es posible tener una minoría de edad incompleta ni producir un mal por mero accidente también incompleto. O se tiene menos de dieciocho años o se tiene más (a lo que ha de añadirse la existencia de la atenuante específica de minoría de edad, que ya atenúa la pena del mayor de dieciocho y menor de veintiuno, que justamente comprende los supuestos, que por proximidad podrían llevar a pensar en la conveniencia de una atenuación), o el mal se ha causado por accidente o no.

Las restantes causas de exención de la responsabilidad admiten ser “degradadas” a atenuantes, pero no siempre que aparezcan faltas de cualquier requisito. Y esta es una segunda precisión. Nos parece que en este punto la doctrina española, que se ha pronunciado sobre un precepto similar, lleva razón cuando se inclina a pensar que no puede ni siquiera atenuar una circunstancia ayuna de la esencia de la eximente. Dicho con otras palabras: solamente podrá traerse a colación como atenuante, en virtud del número 1 del art. 35, una circunstancia que tenga el núcleo esencial de la eximente. Por ejemplo, no parece aceptable la apreciación de la legítima defensa incompleta cuando no haya habido una agresión ilegítima, o un estado de necesidad incompleto en ausencia de una auténtica situación de necesidad. En suma, pues, las causas que eximen de responsabilidad pueden transformarse en atenuantes, a tenor del art. 35.1, cuando conserven su esencia, y carezcan de algún otro requisito.

Por cierto, que la conclusión a que llegamos puede inducir a pensar que, en nuestra opinión, solamente pueden convertirse en atenuantes las eximentes que consten de más de un requisito. Y no es esa nuestra intención, pues creemos que todas las causas del art. 34, excepción hecha de la del número 9, pueden apreciarse como atenuantes, siempre que no les falte su contenido sustancial.

*b) Disminución psíquica por perturbación. La de actuar el culpable a causa de perturbación que no comprenda la eximente establecida en el numeral 2 del art. 34.*

Quedan comprendidos en este número los estados de perturbación que no tengan la intensidad requerida para la eximente 2ª, ni para la eximente incompleta. De manera que se ha establecido una especie de escala gradual, con arreglo a la cual los estados de perturbación pueden ser catalogados en cuatro niveles, según su mayor o menor repercusión en la imputabilidad del agente: como eximente, como eximente incompleta, como atenuante del numeral 2 y como atenuante del párrafo final del art. 34, facilitando así a los jueces un abanico de posibilidades sumamente completo para aquilatar la responsabilidad del perturbado y ajustar al máximo la pena a su acción.

*c) Declaración espontánea. Haber aceptado los hechos en la primera declaración ante juez o tribunal competente.*

Se ha querido premiar a quien reconoce su delito, sin entrar a valorar las razones que le han llevado a ello (el sentimiento de pesar, el deseo de colaborar con la administración de justicia, el móvil de asegurarse una atenuación). Lo que cuenta es la aceptación de los hechos en la primera declaración ante el juez o tribunal competente. Por tanto, no hacerlo ante la policía es irrelevante, no impide la apreciación de la atenuante.

Así pues, son razones político-criminales, utilitarias las que subyacen a esta atenuación: se premia a quien facilita la acción de la justicia mediante la confesión.

El rótulo de la circunstancia reza “declaración espontánea”. Parece que con ello se quiere subrayar que el reconocimiento del delito de realizarlo el sujeto libremente, sin haber sufrido presión alguna; aunque la espontaneidad no desaparecería porque alguien le hubiera aconsejado o convencido para que efectuara la declaración (su abogado, un familiar).

*d) Estado de arrebato. Es obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación.*

En esta circunstancia se ha plasmado una idea asumida por la generalidad de las personas, que cabe resumir así: quien actúa en un momento de ofuscación no es tan imputable como el que lo hace en un momento de fría reflexión, de serenidad y auto-control. El pre-legislador ha querido que los jueces ponderen el estado de ánimo del sujeto al delinquir. De tal manera que si se acredita que obró por causas o estímulos tan poderosos que le produjeron arrebato u obcecación, ha de apreciársele una atenuante, por la imputabilidad disminuida y por la menor necesidad de pena en tales supuestos.

La sola lectura del precepto sugiere la necesidad de tratar mínimamente varios son los puntos. En primer lugar, las causas o los estímulos parece que deben ser externos al sujeto (como recibir una afrenta o una noticia aciaga, contemplar la infidelidad de la propia pareja o tener conocimiento de la misma, enterarse del ataque de que se ha hecho objeto a un ser querido, etc.); sin embargo, no parece que deban descartarse tajantemente los que nazcan en el ánimo del sujeto sin incitación exterior (piénsese, por ejemplo, en el estado pasional de la persona que cree, sobre la base de ciertos indicios, pero infundadamente, que su compañera o compañero sentimental le es infiel; o en el de quien está convencido de que un compañero de trabajo le ha causado un perjuicio, etc.).

El estímulo o la causa de que se trate han de ser decisivos para que el sujeto actúe delictivamente, de tal manera que pueda apreciarse alguna relación entre el estímulo y el delito cometido.

Por otra parte, el reiterado estímulo ha de producir en el sujeto una disminución de su imputabilidad, que se traduce en el arrebato o en la obcecación. En este punto, puede destacarse que si bien los dos términos utilizados en el texto del art. 35.4 hacen referencia a un estado pasional, de imputabilidad disminuida, presentan algún rasgo diferencial que cabe advertir básicamente en el aspecto de su mayor o menor prolongación en el tiempo; pues mientras el arrebato parece indicar un estado emocional caracterizado por el impulso súbito y de escasa duración, la obcecación denota una mayor persistencia. En cualquier caso, es claro el deseo del pre-legislador de dar cabida en la atenuación a todo ese cúmulo de estados pasionales que pueden incidir en la imputabilidad, tanto si se trata de estados más o menos fugaces, como si se trata de otros más persistentes.

No ha de desecharse sin más la posibilidad de que se suscite la duda ante la disyuntiva sobre si los estímulos han de ser morales o no. Piénsese en la persona que toma la decisión de robar a su vecino, obcecada por la envidia que la mayor prosperidad de éste le inspira; o en el individuo que arrebatado por la pasión que le inspira una mujer decide violarla. En estos supuestos la atenuante no debe operar, porque en rigor no hay un estímulo o una causa de algún modo ajeno al sujeto. Otra cosa podría decirse en la hipótesis de que aquel vecino alardeara reiteradamente de su riqueza ante quien decide robarle; o si la mujer del ejemplo provocara también de forma reiterada a su violador.

*e) Disminución del daño. Cuando el culpable procede a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuye sus efectos, en cualquier momento del proceso con anterioridad al juicio oral.*

De nuevo nos encontramos con una circunstancia de clara progenie utilitarista. El pre-legislador ha estimado conveniente primar al delincuente que repara el daño o disminuye sus efectos, con la mirada puesta en la víctima. Y de nuevo nos encontramos con un dato posterior a la comisión del delito, que es tenido en cuenta para modular la pena.

La disminución de los efectos ocasionados a la víctima será relevante para fundamentar la atenuación de la responsabilidad cuando tenga alguna entidad, cuando sea mínimamente significativa. Queremos decir con ello que es insuficiente, para fundar la apreciación de esta atenuante, la acción de quien sustrae a la víctima una importante cantidad de dinero y le devuelve una cifra irrisoria.

De manera expresa, se exige que la reparación del daño o la disminución de los efectos se verifique antes del juicio oral. Si tuviera lugar con posterioridad, sólo podrá valorarse a efectos de la responsabilidad civil.

*f) Discernimiento o instrucción. Cuando el culpable es de escaso discernimiento o de una instrucción tan limitada que no sepa leer ni escribir. Para ambos supuestos se comprenda que el agente necesitaba indispensablemente de las condiciones indicadas para apreciar en todo su valor el hecho imputado.*

En esta atenuante vuelven a valorarse unas circunstancias que afectan a la imputabilidad del sujeto: el escaso discernimiento o la limitada instrucción de quien no sabe leer ni escribir, cuando ambas condiciones sean indispensables para la cabal comprensión del hecho realizado. Por tanto, el mero dato de la carencia de instrucción, de no saber leer ni escribir, no es suficiente para atenuar la responsabilidad, es necesario además que esa instrucción sea imprescindible para la apreciación en todo su valor del hecho realizado. Esta exigencia obliga a los juzgadores a ponderar en el caso concreto si la carencia de instrucción o el escaso discernimiento impedirían al sujeto a captar plenamente el significado de su acto.

Parece que esa ausencia de instrucción o ese escaso discernimiento tendrán mayores posibilidades de ser apreciados como atenuantes en conexión con delitos como el homicidio o las lesiones, que no con delitos en los que se requiera unos conocimientos mínimos de legislación como los societarios o los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.



*g) Minoría de edad. Ser el autor mayor de dieciocho años y menor de veintiuno.*

La exención de responsabilidad prevista en el art. 33 para el menor de dieciocho años, se ve acompañada por esta circunstancia atenuante que beneficia a las personas que se encuentran entre los dieciocho y los veintiún años. Podríamos decir que tanto la eximente como la atenuante son de aplicación automática: basta la comprobación de que al tiempo de cometer el delito el sujeto tenía menos de dieciocho o más de esta edad y menos de veintiuno para que el art. 33 ó el 35.7 produzcan sus efectos. Quiérese decir con esto que no ha de investigarse si al delinquir el culpable tenía la imputabilidad restringida. Pero, tampoco debe pensarse que la atenuante 7 carezca de una fundamentación vinculada a la imputabilidad del sujeto, pues, sin duda la tiene. A buen seguro, se ha estimado que el menor de veintiún años no ha alcanzado la madurez plena y se valora esa madurez parcial para atenuarle la pena. Al propio tiempo, se percibe tras este numeral 7 del art. 35 una preocupación por evitar a los menores de la repetida edad el paso por los centros de reclusión y el tener que cumplir penas de larga duración.

*h) Pena natural. Cuando el reo haya sufrido a consecuencia del hecho que se le imputa, daño físico o moral grave.*

En el número 8 se recoge una circunstancia singular, en la que la eficacia atenuatoria descansa sobre el daño físico o moral grave, que el reo puede haber sufrido a consecuencia del hecho que se le imputa. Parece como si se quisiera de alguna forma compensar o abonar el daño sufrido a efectos de reducir la pena que de otro modo correspondería imponer al sujeto. Podría estarse pensando en las lesiones que la víctima de un homicidio o de unas lesiones causa a su agresor, por ejemplo. Y parece también que el daño al que se refiere el precepto es el ocasionado directamente a raíz del delito cometido.

En todo caso, el daño, sea físico o moral, ha de ser grave. Aspecto indeterminado que habrá de examinar y decidir el juzgador.

*Cualquier otra circunstancia de igual naturaleza, que a juicio del tribunal deba o ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del sujeto activo del delito o de su ambiente.*

El art. 35 se cierra con esta cláusula que aloja un caso claro de interpretación analógica, mediante la cual se pretende que toda particularidad, eventualidad o incidente que pueda presentarse en compañía del delito y responda a los mismos cánones que sirven de base a la atenuación, pueda ser apreciado por jueces y tribunales. El criterio para la ampliación del elenco de atenuantes es la igual naturaleza, sea por la analogía con las que la preceden o por las peculiares condiciones personales del sujeto activo. Y de igual naturaleza y analogía con las anteriores se podrá hablar no sólo a partir de un parecido morfológico entre la que se invoque y una de las definidas en el art. 35, sino también y sobre todo a partir de una fundamentación y sentido semejante.

### **3. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

A diferencia de las circunstancias atenuantes, las agravantes forman un círculo cerrado, porque no se ha dispuesto para ellas de una cláusula análoga a la del párrafo final del art. 35; y en consecuencia, los jueces no pueden apreciar una circunstancia semejante a

las previstas en el art.36, ni pueden apreciar agravantes muy cualificadas, con efectos equivalentes a los previstos para las atenuantes en orden a facultar a los jueces a salirse del marco fijado para el delito, como tampoco pueden hacerlo por la concurrencia de varias agravantes (art. 78.1.b).

*a) Alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida y la integridad física y seguridad personal empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Asimismo actuará con alevosía quien se aproveche de las circunstancias de indefensión en las que se encontrare la víctima al momento del ataque.*

La alevosía aparece definida en el numeral 1 del art. 36, no sólo mencionada. En esta definición se dejan claras varias cosas. En primer termino, que es una agravante que no puede ser apreciada en todos los delitos, sino únicamente en los delitos contra la vida y la integridad física y seguridad personal. En segundo, que se caracteriza por el empleo de modos comisivos dirigidos a asegurar el delito y a imposibilitar la acción defensiva de la víctima, o bien en el aprovechamiento de la situación de indefensión en que se encuentra la víctima al ser atacada. Por lo tanto, podemos decir que esta circunstancia presenta una faceta objetiva y otra subjetiva, puesto que ha de haber un comportamiento, un modo de actuar objetivable, que ha de estar trascendido por una finalidad subjetiva, la de asegurar el delito y propiciar la indefensión de la víctima.

Por otra parte, se equiparan los modos de ejecución tendentes a generar indefensión con el aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima. En consecuencia, tan alevoso será agredir a otro por la espalda, a traición, cuando se encuentra descuidado, o a distancia y desprevenido (si se dispara contra la víctima desde lejos con un arma provista de teleobjetivo, por ejemplo), como si se ataca a quien está dormido, bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas, o a quien padece una enfermedad que le tiene postrado y sin defensas. Más dudoso se presentan los supuestos de acometimientos contra niños o contra ancianos, que, en principio, pudieran casar mejor con el abuso de superioridad, pero que, sin embargo, pueden parecer más propios de la alevosía, sobre todo porque la apreciación de ésta conlleva que el homicidio devenga en asesinato.

Igualmente, suscita dudas la calificación más adecuada para el envenenamiento, puesto que “prima facie”, merece ser calificado de ataque alevoso por excelencia; mas, la existencia de la circunstancia 4 obliga a dudar.

Es una circunstancia agravante comunicable a los partícipes, dado su carácter de circunstancia que consiste en la ejecución material del hecho, en tanto aquéllos tengan conocimiento de cómo va a llevarse a cabo el delito (art. 77.1).

Por último y como es obvio, esta agravante no puede ser apreciada en el delito de homicidio ni en el de asesinato, como tal circunstancia agravante. En el homicidio no puede ser apreciada por la elemental razón de que si concurre cambia la subsunción del hecho del homicidio al asesinato, al determinar la existencia de este delito en detrimento del de homicidio. Y en el asesinato tampoco, porque en este delito es un elemento constitutivo de la infracción (vid. el art. 79 PCP).

b) *Abuso de superioridad. Cuando se ejecuta el hecho mediante disfraz o engaño, con abuso de superioridad o se aprovechan las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debilitan la defensa del ofendido o facilitan la impunidad del delincuente.*

Son varias las circunstancias agrupadas en este apartado y no todas tienen mucho en común. De hecho, entre el uso de disfraz y el abuso de superioridad no hay ninguna, aunque varias coinciden en la debilitación de la defensa que comportan para la víctima. En efecto, el abuso de superioridad, el aprovechamiento de las circunstancias de lugar o de tiempo o el auxilio de otras personas, implican para la víctima una disminución de sus posibilidades de defensa, incluso el engaño puede implicarlo. En cambio, el uso de disfraz sólo dificulta la identificación del autor o de los autores del delito.

El abuso de superioridad presupone la existencia de una desigualdad, un desequilibrio de fuerzas entre el autor y la víctima en la situación concreta de que se trate, de lo cual se prevale el agente. Habrá de abuso de superioridad en la agresión de un adulto fornido a un menor o a un anciano debilitado por los años, a una mujer más débil, etc. El aprovechamiento de las circunstancias de lugar o tiempo suponen atacar de propósito a la víctima allí donde no puede esperar la ayuda de nadie, o a horas en que tampoco o puede obtenerla. El uso de disfraz, como hemos dicho, dificulta el reconocimiento del culpable, al tiempo que puede servir para amedrentar a la víctima. Y el engaño facilita la acción delictiva, en cuanto sume al ofendido en el error y en la confianza.

Todas estas circunstancias son comunicables a los partícipes que tengan conocimiento de las mismas.

c) *Móvil de interés económico. Cuando se ejecuta el hecho mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.*

La agravación se cimenta, cabe pensar, en los móviles abyectos de quien delinque, no por motivos personales, sino por la recompensa que se le ofrece, pero es quizá menos censurable, que semejante fundamentación moralizante, pensar en la mayor dificultad que para la defensa de la víctima supone el ataque de un desconocido, por inesperado.

En cualquier caso, es indispensable que el sujeto cometa el delito por precio, recompensa o promesa, que éstos sean la razón que le ha determinado a delinquir. Con las reiteradas voces se hace referencia a la obtención de un beneficio económico. Ciertamente, puede haber beneficios no conmensurables en términos económicos, sino honoríficos, sexuales, etc.; pero, no están contemplados en la agravante que aparece bajo la denominación “móvil de interés económico”. Por otro lado, debe quedar claro que el beneficio económico que lleva al sujeto a cometer el delito ha de serle ofrecido por un tercero; de suerte que la esperanza de conseguir un lucro por sí sola no integra esta agravante (el que roba o mata a su padre para heredarle, sin duda delinque por un móvil económico; y sin embargo, no por ello se le aprecia la agravante en estudio).

Una cuestión de difícil solución es la atinente a determinar a quiénes alcanzan los efectos de esta agravante, por cuanto cabe discutir sobre si debe apreciarse sólo al que recibe el precio o si también debe aplicarse a quien lo entrega. En rigor, el hecho lo ejecuta el que resulta recompensado, en tanto que el que paga debe responder a título de inductor (art. 43 PCP), y cabe pensar que si se valora el dato de ofrecer y satisfacer un precio para

considerar que esa persona a inducido a otra a delinquir, volver a valorar la entrega del precio para fundamentar la apreciación de una agravante puede suponer un “bis in idem”.

d) *Incendio, veneno o explosión. Cuando se ejecuta el hecho con ocasión o por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento ferroviario, alteración de orden público o empleo de algún artificio que pueda producir grandes estragos.*

No puede decirse que esta circunstancia sea un dechado de perfección técnica. En ella, para empezar, conviven en extraña amalgama circunstancias caracterizadas por su extrema lesividad, para un número indeterminado de personas, con la de veneno que, como dijimos tiene adecuado encaje en la alevosía. Claro que podría intentar salvarse esta agrupación en un mismo número de circunstancias tan desparejas, matizando que el numeral 4 está pensado para el uso de veneno para inficionar a un grupo numeroso de personas (a los asistentes a un banquete, por ejemplo). Sin embargo, al esgrimir semejante argumentación se desconoce que cuando se mata a una o a varias personas por envenenamiento debe apreciarse uno o varios delitos de asesinato, con lo cual la agravación del número 4 tampoco tendría operatividad. Y es que el problema radica en que, casi siempre, los medios comisivos enumerados en esta agravante entrañan por sí mismos la comisión de específicos delitos, con lo que la apreciación de aquélla deviene imposible (art. 79 PCP).

En cambio, otra faceta de la agravante tiene mejores visos, nos referimos a la atinente a ejecutar el hecho con ocasión de alguna de las calamidades indicadas. Aquí se busca agravar la pena a quienes aprovechan una situación de desgracia, un grave accidente, sin haber participado en su causación, para delinquir en medio de la natural confusión, con mayor facilidad.

e) *Discriminación. Cuando se comete el delito por motivos raciales, u otra clase de discriminación referida a la ideología u opción política, religión o creencias de la víctima; etnia, raza o nación a la que pertenezca; sexo u orientación sexual; o enfermedad o discapacidad que padezca.*

En ocasiones las buenas intenciones juegan malas pasadas. A cualquiera, casi a cualquiera, ha de repugnarle la comisión de un delito por alguno de los motivos señalados en este precepto. Sin embargo, esa repulsión no avala inexorablemente la tipificación penal de tales actitudes; y no lo avala por dos razones: la primera, porque no es aconsejable sancionar o agravar las sanciones por actitudes internas, de muy difícil probanza, salvo en los casos más evidentes, caracterizados por una brutalidad (agresiones de grupos juveniles a personas homosexuales, o de determinada etnia) o la torpeza más extrema; la segunda, y en un determinado orden de cosas, porque castigar abusos de la libertad de expresión, que muestran la disconformidad con las ideas mayoritarias puede ser inconstitucional.

*En este sentido el TC español ha dicho que la "Constitución protege también a quienes la niegan" (STS 176/1995); tras decir que la actitud racista es contraria al conjunto de los valores protegidos constitucionalmente y que está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático.*

Como es natural, la aplicación de esta agravante estará condicionada por la presencia de ese ánimo especial tras la conducta delictiva del sujeto. Es decir, no bastará agredir,

v.gr., a un judío, a un homosexual, a un negro, a un católico, a una mujer, etc., sino que será preciso que el ataque se produzca contra esa persona, justamente, por su condición de judío, homosexual, mujer, etc.

En principio, esta agravación es compatible con cualquier delito, salvo con aquellos en los que el ánimo discriminatorio, la motivación racista, religiosa, etc., sean inherentes.

f) *Ensañamiento. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, y causar a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.*

El ensañamiento se caracteriza por la causación de "males de lujo". Aparece, pues, esta circunstancia cuando el sujeto no se conforma con consumir el delito que pretende, sino que además se afana en incrementar con ello el sufrimiento de la víctima. Es un comportamiento sádico, aunque puede estar desprovisto de componente sexual, que principalmente aparece en los delitos contra vida, contra la integridad o la salud, en los sexuales. Sin embargo, no hay razones definitivas que desaconsejen su apreciación en otras clases de delitos (piénsese en el individuo que comete un delito patrimonial y no contento con despojar al sujeto pasivo de su dinero, decide destruir todos los bienes que éste tiene en su casa, por ejemplo).

Cabe interrogarse sobre si concurre o no la agravante comentada en los supuestos de crímenes pasionales, en los que el victimario dispara reiteradas veces sobre el cuerpo de la víctima, o lo apuñala repetidamente. Y nos parece que para responder a la pregunta planteada ha de concretarse antes si el sujeto perseguía o no atormentar a su víctima, si alargó y aumentó su sufrimiento intencionadamente, o si tan sólo su acción fue fruto de una obcecación momentánea, y con ella perseguía asegurar el resultado buscado.

En incompatible con el delito de asesinato, pero es comunicable a todos los partícipes que conozcan la forma en que se va a llevar a cabo el hecho y den su conformidad.

g) *Abuso de confianza. Cuando para ejecutar el hecho se aprovecha de la posición alcanzada como consecuencia de la confianza depositada por la víctima o perjudicado, en violación de los principios de lealtad y fidelidad derivados por los vínculos de amistad, parentesco o servicio.*

Para que pueda apreciarse esta agravación es indispensable la previa existencia de una relación de confianza entre delincuente y víctima; una relación de confianza, cuyo origen puede ser muy variado, y que habrá sido otorgada por el ofendido por el delito o por sus representantes legales, en muy distintos ámbitos o por muy distintas razones. Innecesario es subrayar que la fundamentación de esta circunstancia reside en la mayor facilidad que otorga al autor para cometer su delito, derivada de las menores cautelas que se adoptarán frente a él, y de la consiguiente menor protección que habrá de salvar.

h) *Prevalimiento. Valerse del carácter de funcionario o empleado público que tenga el culpable o valerse del cargo de dirección o empleo que se tenga en una empresa prestadora de un servicio público.*

El fundamento de esta circunstancia se encuentra en la mayor facilidad que para cometer el delito tiene la persona que ostenta un carácter público en determinados ámbitos, así como la instrumentalización del cargo o empleo con fines distintos de aquellos para los que se otorgaron. Por ello parece razonable exigir que la función que se desempeña reporte

alguna ventaja al servidor público para cometer el hecho delictivo, y que haya alguna relación entre el hecho y la función (de manera que no procederá aplicar esta agravante cuando, v.gr., un funcionario, que desarrolle su actividad en el campo tributario, agreda sexualmente a una mujer que ha conocido un sábado en una discoteca).

Es una circunstancia inherente a varios tipos penales, como son muchos de los contrarios a la administración pública o a la administración de justicia.

i) *Reincidencia. Es reincidente quien, habiendo sido condenado por sentencia firme en los últimos cinco años por un delito doloso, comete otro delito doloso comprendido dentro del mismo Título.*

Esta agravante y su frecuente aplicación evidencian el fracaso de la prevención general en muchos casos, a la vez que entraña una suerte de exacerbación de las preocupaciones preventivo especiales. Por otra parte, su vigencia origina graves problemas de sintonía con el principio constitucional "non bis in idem", dado que el hecho, por el que se condenó a una persona con anterioridad, es valorado de nuevo para agravar su responsabilidad en un nuevo hecho.

*El TC español en STC 150/1991 consideró que la circunstancia agravante de reincidencia no era contraria a la Constitución, que no vulneraba el principio "non bis in idem"; sin embargo, esta resolución hizo que legislador y tribunales recortaran los alcances de esta modificativa.*

Los requisitos fijados por el pre-legislador para la apreciación de la reincidencia son: a) que una persona delinca; b) que esa misma persona haya sido condenada por sentencia firme en los últimos cinco años por un delito doloso; c) que el nuevo delito esté comprendido dentro del mismo Título.

Es evidente que esta agravante es compatible con numerosos delitos, como también lo es que no es comunicable a otros partícipes, habida cuenta de su carácter personal.

#### **4. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA**

En el art. 37 se contiene la circunstancia mixta de parentesco, que puede ser atenuante o agravante según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, la de ser la víctima u ofendido el cónyuge o compañero (a) en unión de hecho estable del ofensor, lo mismo que sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Es esta una circunstancia extraña precisamente por su naturaleza proteica, ya que tanto puede operar como atenuante que como agravante. Y no es fácil determinar cuándo debe ser apreciada como atenuante y cuándo como agravante. El juez habrá de valorar en cada caso y en atención a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito en qué sentido debe ser valorada, o si debe dejarse de lado por no tener trascendencia alguna en la infracción.

Es cierto que puede utilizarse el argumento, extraído de la existencia del delito de parricidio, de que si para endurecer la pena del homicidio se ha tomado en consideración la relación de parentesco entre el parricida y su víctima, en general en los delitos contra las personas la circunstancia del art. 37 debe operar como agravante. Sin embargo, no es en absoluto definitivo.

Evidentemente, esta circunstancia, por su carácter personal, no es comunicable a los partícipes.

## **5 RECAPITULACION**

- *Recuerde en qué sentidos se emplea la voz circunstancia.*
- *¿Qué función primordial cumplen las circunstancias modificativas?*
- *¿En qué casos no procede aplicar una circunstancia que efectivamente concurre en el caso enjuiciado?*
- *¿Recuerda las distintas explicaciones sobre el fundamento de las circunstancias modificativas?*
- *¿Sobre qué elemento dejan sentir sus efectos las circunstancias?*
- *¿Recuerda algunas de las incompatibilidades que tienen las circunstancias a la hora de ser aplicadas?*
- *¿Puede apreciarse una agravante como muy cualificada?*
- *Recuerde los elementos de que consta la agravante de alevosía.*
- *¿Puede apreciarse esta agravante en los delitos contra la libertad sexual?*
- *¿Se le ocurre qué diferencia hay entre la alevosía y el abuso de superioridad?*
- *¿A quién debe apreciarse la circunstancia de precio, recompensa o promesa?*
- *¿Ha observado que en los casos de perturbación, según su intensidad, puede operar la eximente del número 2 del art. 34, la eximente incompleta del número 1 del art. 35, la circunstancia atenuante 2 y la atenuante por analogía del párrafo final del art. 35?*
- *¿Le parece que la agravante de reincidencia presenta algún rasgo que hace dudar de su constitucionalidad?*

## TEMA XVIII. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Sujetos destinatarios. 3. Principios generales. 4. Clases. 5. Reglas de aplicación. 6. Recapitulación.*

### 1. CONCEPTO

Hasta ahora nos hemos venido ocupando de la pena como consecuencia jurídica del delito. Sin embargo, el sistema punitivo instaurado en el PCP dispone de otro instrumento fundamental para luchar contra el delito, a saber: la medida de seguridad. El hecho de que el ordenamiento penal combine ambos instrumentos conduce a hablar de un Derecho penal dualista, pues, junto a la pena, se aplican otras sanciones de distinta naturaleza.

En el tema XIV vimos que la pena es un mal, una privación de derechos, con la que se amenaza a los sujetos para el caso de que cometan un delito. Mal que se asocia directamente a la comisión del delito como su consecuencia jurídica, y que (aunque ello sea discutido por parte de la doctrina) presupone la culpabilidad del sujeto que lo comete (entendida como la capacidad de comprender el injusto del hecho y de comportarse de acuerdo con esta comprensión). La medida de seguridad, en cambio, no consiste en la amenaza de un mal frente a la comisión de un delito, sino que conceptualmente es una forma de tratamiento dirigido a que el sujeto peligroso no delinca en el futuro. Puede decirse, por tanto, que mientras la pena se impone por un delito cometido, como consecuencia jurídica de éste, la medida de seguridad es la consecuencia jurídica de la peligrosidad criminal de un sujeto, al que se le inflige tal medida como medio para evitar la futura comisión de delitos.

El concepto central de la medida de seguridad es, por tanto, el de **peligrosidad**. Esta idea puede definirse como

*el juicio pronóstico que afirma la probabilidad de que un determinado sujeto cometa delitos en el futuro.*

Por eso, conceptualmente la medida de seguridad no depende, a diferencia de la pena, de la comisión de un delito. De hecho en no pocos ordenamientos jurídicos se han regulado las llamadas **medidas de seguridad predelictuales**. Es decir, medidas para cuya imposición bastaba con que a una persona se la encontrara incurso en lo que se consideraba un estado peligroso (como la homosexualidad, la prostitución, el ser vago habitual), para imponerle una medida de seguridad. No era necesario que esa persona hubiera cometido delito alguno. Además, en puridad, no se trataba de una peligrosidad criminal, sino puramente “social”, es decir, de sujetos considerados socialmente repudiables.

*Las medidas predelictuales fueron consideradas inconstitucionales, fundamentalmente con el argumento de que los presupuestos que podían dar lugar a su imposición suponían una total inseguridad jurídica, contraria al principio de legalidad, en las SSTC 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 19 de febrero y 131/1987 de 20 de julio.*



El PCP admite en su art. 98 únicamente las medidas de seguridad postdelictuales:

***“Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.***

De cualquier forma, conviene tener presente que la medida no se impone como reacción ante el delito cometido ni para castigarlo. Su razón de ser es evitar que se cometan delitos en el futuro. Lo que ocurre es que la peligrosidad futura de un sujeto sólo queda comprobada cuando ya ha cometido un delito.

En concreto, el artículo 98 dispone

*“que las medidas de seguridad se aplicarán exclusivamente por el juez o tribuna en sentencia a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:*

- a) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, según sentencia firme.*
- b) Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.*

Por lo tanto, *conditio sine qua non* de aplicación de una medida de seguridad es la concurrencia de los dos requisitos transcritos: a) la previa comisión de un hecho previsto como delito (que, como es obvio, en caso de los inimputables estará falto del elemento culpabilidad; de ahí que se hable de la comisión de un hecho previsto como delito, pues en el caso concreto puede no haberlo), y b) la apreciación de peligrosidad criminal en el sujeto. Si falta el segundo, por más que se haya realizado un hecho previsto como delito en la ley, no será posible la imposición de una medida.

## **2. SUJETOS DESTINATARIOS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**

En PCP las medidas de seguridad se imponen:

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad penal conforme al numeral 1 del artículo 34, se le podrá aplicar, si es necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie (art. 103.1).

*El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 100.*

2. A los exentos de responsabilidad penal conforme al numeral 2 del artículo 34 se les aplicará, si fuera necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado (art. 104).

3. A los que fueran declarados exentos de responsabilidad penal conforme al numeral 3 del artículo 34 de este Código, se les podrá aplicar, si fuera necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial (art. 105).

4. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1,2 y 3 del art. 34, el juez o tribunal podrá imponer conforme a lo establecido en el art. 99, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 103, 104 y 105. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad (art. 106).

El fundamento de la imposición de las medidas indicadas a personas inimputables es claro. Al carecer imputabilidad no tienen capacidad de culpabilidad, y, consiguientemente, no se les puede imponer una pena (su hecho no es un delito en términos jurídicos, porque falta un elemento de éste). Sin embargo, si de la comisión del hecho tipificado como delito cabe extraer un juicio de peligrosidad de cara al futuro, se les puede imponer una medida de seguridad.

La aplicación de una medida a personas semiimputables debe partir de la constatación de una peligrosidad que no pueda eliminarse con la ejecución de la pena (que como sabemos también debe orientarse a la resocialización).

En todos los casos previstos en los arts. 103 a 105 se subraya la necesidad de la medida para que sea procedente su imposición. Necesidad que habrá de apreciarse tras los oportunos dictámenes técnicos.

### **3. PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD**

En el PCP se aprecia una clara preocupación garantista en el campo de las medidas de seguridad. El propio Título Preliminar del PCP, que lleva por rúbrica "Sobre las garantías penales y de la aplicación de la ley penal", menciona repetidamente las medidas de seguridad. Así, la vigencia del principio de legalidad se extiende expresamente a las medidas de seguridad en el art. 1.1. y 1.2, donde se manifiesta que las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley, y que no podrá aplicarse una medida que no esté prevista en ley anterior a la perpetración del hecho. Por su parte, el art. 4 dispone que no podrá imponerse medida alguna que implique tortura, procedimientos o tratos inhumanos, crueles, infamantes o degradantes; y el art. 6 consagra para las medidas las garantías jurisdiccional y de ejecución.

En concreto, el artículo 6 C.P. establece que

*"1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.*

*"2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. La ejecución de la pena o de la*

*medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento".*

**También rige el principio de proporcionalidad y necesidad en materia de medidas de seguridad,** explicitados en el art. 99, conforme al cual

*"1. Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto. En todo caso, deberán ser proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer.*

*"2. A tales efectos el juez o tribunal establecerá en la sentencia razonadamente, el límite máximo de duración. En todo caso, cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el juez o tribunal únicamente podrá imponer una o varias de las medidas no privativas de libertad.*

*"3. Las medidas de seguridad privativas de libertad no podrán tener mayor duración que el límite máximo de la pena señalada por la ley por el delito cometido.*

*"4. El juez o tribunal decretará el cese de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto conforme a los correspondientes informes periciales."*

Es decir, que si, por ejemplo, se impone una medida de internamiento en centro psiquiátrico orientada a paliar los factores de peligrosidad del sujeto inimputable, en principio podría parecer adecuada su imposición por tiempo indeterminado, hasta la desaparición de la causa de su aplicación. Sin embargo, el legislador consciente de que las medidas de seguridad ostentan un contenido aflictivo materialmente igual al de las penas, ha decidido limitar su duración máxima por relación a éstas. La idea rectora es, entonces, que no puede hacerse de peor condición al sujeto peligroso que al culpable (lo que ocurriría si la medida pudiera durar más tiempo que la pena a imponer, en caso de haber sido plenamente imputable).

Por tanto, el **límite máximo** de duración está fijado por la ley a través de la pena máxima imponible para el delito cometido (que se ha tomado como demostración de la peligrosidad del sujeto). Frente al mismo, y de forma distinta, el **límite mínimo** es indeterminado, de forma tal que tan pronto se cumpla el propósito de la medida, desapareciendo la peligrosidad del sujeto, ésta debe cesar.

Por otra parte, la idea de no hacer de peor condición al sujeto inimputable o semiimputable peligroso, que al que ha cometido el delito con plena culpabilidad, encuentra otra expresión en el art. 99.2, donde se establece que *una medida de seguridad privativa de libertad sólo puede imponerse cuando el hecho cometido tuviese prevista una pena también privativa de libertad).*

#### **4. CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

En el PCP se cuenta con medidas privativas y privativas de otros derechos.

1. Las medidas privativas de libertad sólo pueden imponerse, como hemos visto, si el hecho cometido lleva también aparejada pena privativa de libertad. Por otra parte, cada uno de los cuatro artículos que las regulan (cuyo contenido ya hemos reflejado) insiste en que el internamiento no podrá durar más de lo que hubiera durado la pena privativa de libertad, siendo el Juez quien tendrá que fijar en la sentencia el límite máximo de cumplimiento. En todos los preceptos reguladores de esta clase de medidas se especifica, además, que su imposición se supedita a *la necesidad de la misma*. Es decir, que aunque se haya apreciado cierta peligrosidad, ésta puede no revestir la entidad suficiente para determinar privación de libertad, siendo más proporcionada la imposición de alguna otra medida no privativa de este derecho.

A) Las medidas privativas de libertad son las siguientes:

a) **Internamiento en centro psiquiátrico.** Sólo resulta aplicable, según los arts. 103 y 106, a los sujetos que han cometido un hecho previsto como delito por el que hayan sido absueltos por la causa de inimputabilidad prevista en el art. 34.1, es decir, por sufrir anomalía o alteración psíquica que no le permitiera comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; y a los que se les ha apreciado una eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del art. 34.

El PCP no ha resuelto expresamente la controversia más importante que puede plantearse en torno a estos internamientos, cual es la relativa a dónde tienen que ejecutarse estas medidas, si en los psiquiátricos penitenciarios, o en los hospitales psiquiátricos ordinarios, como reclama parte de la doctrina, considerando que los penitenciarios son demasiado similares a las prisiones, y no ofrecen las condiciones necesarias para el adecuado tratamiento.

b) Internamiento en un centro de deshabituación, público o privado, debidamente acreditado y homologado, que según el art. 104, se impondrá a los sujetos que hubieren cometido un hecho tipificado como delito, siendo declarados exentos de responsabilidad criminal en virtud de la eximente 2ª del art. 34. Es decir, por haber cometido el hecho en estado de perturbación, por intoxicación alcohólica o por el consumo de drogas. También se comprenden en el supuesto los casos de realización del hecho durante el síndrome de abstinencia, provocado por la dependencia de estas sustancias.

c) **Internamiento en un centro educativo especial.** Esta medida se impone a los sujetos que hubiesen sido absueltos de responsabilidad por el hecho cometido en virtud de la circunstancia eximente del art. 34.3. Esto es, por padecer una grave alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, que provoque una alteración grave en la conciencia de la realidad.

Se trata de un internamiento de carácter únicamente educativo y terapéutico.

d) Internamiento en centro de terapia social

En todos los casos apuntados, el sujeto ha sido declarado exento de responsabilidad por inimputable. Sin embargo, puede suceder que alguna de estas causas concorra de forma incompleta. En tal situación, el ordenamiento considera al sujeto parcialmente imputable, aplicando una pena menor. Esta circunstancia también se encuentra prevista en el art. 106, que, partiendo de la existencia de un juicio de peligrosidad, permite al tribunal que pueda imponer la medida privativa de libertad, además de la pena correspondiente

(siempre que esta última ostente, igualmente, carácter privativo de libertad). De hacerlo así, el PCP señala en su art. 101 su orden de cumplimiento

En concreto establece que

*"En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará a la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a su duración, aplicar alguna de las medidas previstas en este Código".*

Esta regla constituye la esencia de lo que tradicionalmente se denomina sistema vicarial (que consiste en que cuando se impongan conjuntamente una pena y una medida, el cumplimiento de ésta se abonará para el de la otra).

A tenor del contenido del artículo 101 resulta claro que el PCP permite distintas posibilidades para el supuesto de conjunta imposición de pena y medida de seguridad, además de la señalada.

#### B) Medidas privativas de otros derechos

Estas medidas se recogen en el art. 100.2 y son:

- a) Sujeción a la vigilancia de la autoridad o libertad vigilada, que obligará al penado a presentarse personalmente de manera periódica.
- b) Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.
- c) Privación del derecho a conducir vehículos motorizados.
- d) Privación de licencia p del permiso de portar armas.
- e) Inhabilitación profesional.
- f) Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en Nicaragua.

#### C) Las demás previstas en este Código.

Al igual que las medidas privativas de libertad, las no privativas se impondrán a sujetos inimputables o semiimputables, cuando la pena asociada al delito cometido no fuera privativa de libertad. En caso de que sí lo fuera, el Juez puede optar, según el grado de peligrosidad del sujeto, por imponer las medidas privativas de libertad o las que no lo son.

Pero, además, existen unas previsiones específicas para extranjeros con entrada o permanencia ilegal en Nicaragua, para delincuencia habitual y para internamiento de mujeres.

*a) Para los primeros, el juez o tribunal podrá acordar, previa su audiencia, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que les sean aplicables. Estas personas no podrán volver a Nicaragua por un plazo de tiempo no menor al doble de la duración de la medida de seguridad que les fuera aplicable, que no puede exceder de diez años (art. 108).*

*b) A los delincuentes habituales responsables de delitos sancionados con penas de prisión cuyo límite mínimo sea superior a seis años se les impondrá, además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena.*

*Una vez cumplido el periodo de internamiento y el de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá imponer la observancia de las medidas previstas en el art. 107.*

*A los efectos de este artículo, se considera habitual al delincuente que hubiese sido condenado por tres o más delito que, no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del juez o tribunal, previos los informes periciales que sean precisos (art. 109).*

*c) Cuando el delito fue cometido por mujeres deberán ser internadas en cárceles destinadas exclusivamente para ellas, o en pabellones de los establecimientos penales debidamente separados de las celdas de los varones. Estas cárceles y pabellones deberán ser manejados por funcionarias mujeres penitenciarias, conforme a la ley reglamentos de la materia (art. 110).*

Por último, destacamos la existencia en el art. 111 de unas medidas de protección de urgencia para la víctima de violencia intrafamiliar o doméstica, que sin ser exactamente ni una cosa ni otra, coinciden materialmente en algunos casos con concretas penas y medidas de seguridad.

## **5. REGLAS DE APLICACIÓN**

### **A) Ejecución y cese de la medida**

Al mencionar los principios que rigen las medidas de seguridad, dijimos que éstas tienen una duración máxima fijada en la sentencia, por referencia a la pena abstractamente aplicable al delito cometido, como también dijimos que la medida no puede exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Y es lo cierto que ésta, la peligrosidad es un estado que puede ir evolucionando a lo largo del tiempo de cumplimiento de la medida.

Esta idea está reflejada en el art. 99.4 que dispone el cese de la medida en cuanto haya desaparecido el presupuesto de la peligrosidad criminal del sujeto conforme a los correspondientes informes periciales. Ello ocurrirá cuando la persona sometida a una medida se haya curado de la anomalía psíquica o problema en la percepción, o cuando se haya desintoxicado.

### **B) Quebrantamiento de la medida de seguridad.**

En el art. 102 PCP se establece que

*"1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.*

*"2. Si se trata de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento, si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demuestra su necesidad."*

C) Cancelación de anotaciones por medidas

De igual modo que en el art. 136 se regula la cancelación de antecedentes delictivos, en el art. 137 se prevé la cancelación de las medidas de seguridad impuestas.

## **6.- RECAPITULACIÓN**

- ¿Cuál es el fundamento de las medidas de seguridad, frente al de las penas?
- ¿Tienen carácter punitivo las medidas de seguridad?
- ¿Qué significa que rige el principio de legalidad en materia de medidas de seguridad?
- ¿Rige el principio de proporcionalidad con relación a las medidas de seguridad?
- Clases de medidas privativas de libertad.
- ¿Cuál es el tiempo máximo de duración de una medida no privativa de libertad?
- ¿Qué consecuencias produce el incumplimiento de una medida privativa de libertad?
- Si el hecho realizado por un sujeto inimputable tuviera prevista legalmente una pena privativa de libertad, ¿podría el juez aplicar una medida no privativa de dicho derecho?
- Recuerde los sujetos a los que puede imponerse una medida de seguridad.
- Acordada la imposición de la medida de seguridad, ¿debe necesariamente cumplirse o caben opciones alternativas acordadas judicialmente?

